This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

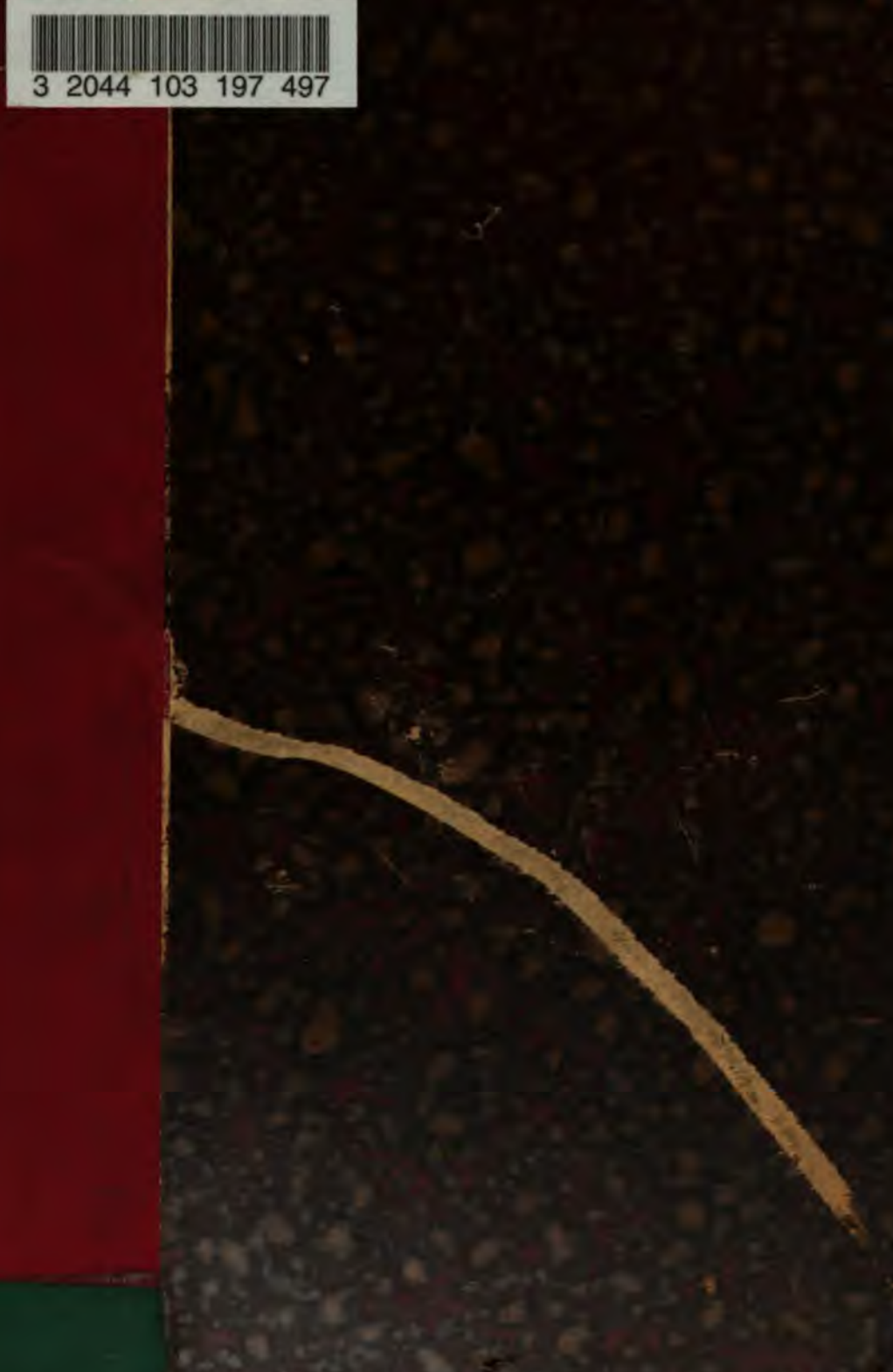
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 197 497



HARVARD LAW LIBRARY.

Received Mar. 1, 1899.

Germany

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Zweiter Band.

Obligationenrecht.

Dritte, verbesserte Auflage.

Berlin 1892.
Verlag von H. W. Müller.

Das Recht der Ueberſetzung wird vorbehalten.

Rec. Mar. 1, 1899.

Inhaltsübersicht.

Drittes Buch. Das Obligationenrecht.

Erster Theil. Die allgemeinen Lehren.

Erster Abschnitt. Rechtliche Natur der Obligationen.

		Seite
§ 1.	Begriff der Obligation	1
§ 2.	Die Leistungspflicht und ihr Zweck	4
§ 3.	Die Obligation und die Klage	5
§ 4.	Die Naturalobligationen. Das Allgemeine	8
§ 5.	Die Fälle der Naturalobligation	11

Zweiter Abschnitt. Die Entstehungsgründe der Obligationen.

§ 6.	Die Entstehungsgründe der Obligationen im Allgemeinen	15
	Erstes Kapitel. Die Form der obligatorischen Geschäfte.	
§ 7.	Römisches Kontraktensystem	17
§ 8.	Verbindungskraft formloser Schuldverträge nach gemeinem Rechte	21
	Zweites Kapitel. Der Abschluß obligatorischer Geschäfte.	
§ 9.	Schuldverträge und einseitige Versprechen	22
§ 10.	Vertragsverhandlungen. Vorverträge. Culpa in contrahendo	25
§ 11.	Vertragsschluß. Verträge unter Abwesenden	29
§ 12.	Die Arra	32
	Drittes Kapitel. Verhaftung aus fremden Geschäften.	
§ 13.	Allgemeines. Actio exercitoria und institoria	34
§ 14.	Die drei Klagen aus den Kontrakten der Gewaltuntergebenen gegen den Gewalthaber	38
	Viertes Kapitel. Erfordernisse obligatorischer Geschäfte.	
§ 15.	Bestimmbarkeit der Leistung	41
§ 16.	Unmögliche, unsittliche Versprechen	45
§ 17.	Interesse, Vermögenswerth der Leistung	49
§ 18.	Verträge zu Gunsten Dritter	51
	Fünftes Kapitel. Die Arten obligatorischer Geschäfte.	
§ 19.	Einseitig und gegenseitig verpflichtende Geschäfte	54
§ 20.	Die synallagmatischen Geschäfte insbesondere	55
§ 21.	Einrede des nicht erfüllten Vertrages	59
§ 22.	Abstrakte Obligationen	61

Seite

Dritter Abschnitt. Inhalt und Gegenstand der Obligation.

Erstes Kapitel. Das Wesen der obligatorischen Leistung.

§ 23. Inhalt und Gegenstand im Allgemeinen 65
§ 24. Theilbare und untheilbare Obligationen 67

Zweites Kapitel. Verschiedene Kategorien der Schuldobjekte.

§ 25. Species- und Genusschuld 71
§ 26. Geld und Geldschulden 73
§ 27. Alternative Obligationen 77

Drittes Kapitel. Besondere Leistungen.

I. Die Zinsen.

§ 28. Die Zinsenpflicht im Allgemeinen 81
§ 29. Vertragsmäßige und gesetzliche Zinsen 83
§ 30. Die Höhe der Zinsen 86

II. Die Alimentationspflicht.

§ 31. Unmittelbare und mittelbare Alimente 89

Viertes Kapitel. Ort und Zeit der Erfüllung.

§ 32. Der Erfüllungsort 90
§ 33. Klageort und Erfüllungsort 93
§ 34. Zeit der Leistung 94
§ 35. Rechtliche Bedeutung der Zeitbestimmungen 96

Fünftes Kapitel. Verschuldung, Verzug, Schadensersatz, Konventionalstrafe.

I. Verschuldung.

§ 36. Die Verschuldung in Kontraktsobligationen 97
§ 37. Das Maß der Verschuldung bei den einzelnen Kontraktsverhältnissen . 99
§ 38. Verhaftung für fremde Verschuldung 103
§ 39. Haftung bis zur höheren Gewalt 105

II. Verzug.

§ 40. Verzug des Schuldners. Voraussetzungen 107
§ 41. Folgen des Verzuges des Schuldners 111
§ 42. Beendigung des Verzuges 114
§ 43. Verzug des Gläubigers 116

III. Schadensersatz.

§ 44. Der Schaden und sein Ersatz im Allgemeinen 119
§ 45. Umfang der Interessevergütung 121

IV. Konventionalstrafe.

§ 46. Begriff. Grundsätze 127

Vierter Abschnitt. Die Uebertragung der Obligationen.

§ 47. Einleitung. Veränderungen der Obligationen 130

I. Die Cession.

§ 48. Die Cession und die Denuntiation 132
§ 49. Cessionsakt und Cessionsgrund 135
§ 50. Gegenstand der Cession 137
§ 51. Rechte des Cessionars gegen den Cessus 139
§ 52. Rechtsverhältnisse zwischen dem Cessionar und dem Cedenten . . . 142

Seite

II. Schuldübernahme.

§ 53. Begriff und Wirkungen der Schuldübernahme 144

Fünfter Abschnitt. Die Tilgung der Obligationen.

§ 54. Beendigungsgründe im Allgemeinen. Acceptilation 146

I. Zahlung, Konkurs, Kompetenz.

§ 55. Die Zahlung 149
§ 56. Konkurs 154
§ 57. Die Rechtswohlthat der Kompetenz 157

II. Erfüllungssurrogate.

§ 58. Leistung an Zahlungsstatt 160
§ 59. Novation und Delegation 161
§ 60. Erfordernisse und Wirkung der Novation 164
§ 61. Oeffentliche Depositon 167
§ 62. Kompensation. Geschichtliche Entwickelung 169
§ 63. Voraussetzungen der Kompensation 172
§ 64. Geltendmachung, Wirkungen der Kompensation 176

III. Erlaßverträge.

§ 65. Freiwilliger Erlaßvertrag 179
§ 66. Zwangserlaß. Akkord 180

IV. Andere Tilgungsgründe.

§ 67. Wegfall des Subjektes 181
§ 68. Unmöglichwerden der Leistung 182

Sechster Abschnitt. Mehrere Obligationen auf dasselbe Ziel.

Solidarobligationen, Bürgschaften, Interzessionen.

§ 69. Allgemeines. Konstitutum 185

Erstes Kapitel. Die solidarischen Obligationen.

§ 70. Die Betheiligung mehrerer an Obligationsverhältnissen im Allgemeinen 187
§ 71. Korrealobligationen und Solidarobligationen 188
§ 72. Die Theorie der Einheit der Korrealobligationen 191
§ 73. Die passiven Korrealobligationen 196
§ 74. Die aktiven Korrealobligationen 201
§ 75. Behandlung der Solidarobligationen im engeren Sinne 202

Zweites Kapitel. Die Bürgschaft.

I. Geschichtliche Einleitung.

§ 76. Die Stipulationsbürgschaft 203
§ 77. Geschäfte mit Bürgschaftseffekt 206

II. Das praktische Recht der Bürgschaft.

§ 78. Der Charakter der Bürgschaft 208
§ 79. Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen 210
§ 80. Rechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner 214
§ 81. Verhältniß mehrerer Bürgen 216
§ 82. Beendigung der Bürgschaft 219

Drittes Kapitel. Die Interzessionen.

§ 83. Begriff und Arten der Interzession 222
§ 84. Die weiblichen Rechtswohlthaten 223

Zweiter Theil. Die einzelnen Forderungsrechte.

Erster Abschnitt. Die Kontraktsobligationen.

Erstes Kapitel. Die Realkontrakte.

I. Das Darlehen.

		Seite
§ 85.	Begriff. Begründung des Darlehens	228
§ 86.	Die Darlehensvaluta	230
§ 87.	Die Verpflichtungen aus dem Darlehen	233
§ 88.	Geldbarlehen an Hauskinder	235
§ 89.	Das Seedarlehen	238

II. Kommodat und Prekarium.

§ 90.	Das Kommodat	239
§ 91.	Das Prekarium	242

III. Depositum.

§ 92.	Begriff des Depositums. Verbindlichkeiten	245
§ 93.	Besondere Arten des Depositums	248

Zweites Kapitel. Die Konsensualkontrakte.

I. Kauf und Tausch.

§ 94.	Begriff. Abschluß des Kaufvertrages	250
§ 95.	Arten der Kaufverträge. Nebenverträge	255
§ 96.	Perfektion des Kaufvertrages. Uebergang der Gefahr	259
§ 97.	Verpflichtungen des Käufers	262
§ 98.	Verpflichtungen des Verkäufers. Allgemeines	263
§ 99.	Haftung des Verkäufers wegen Eviktion	265
§ 100.	Haftung für Zusagen und Mängel	271
§ 101.	Die ädilicischen Klagen im Einzelnen	273
§ 102.	Aufhebung der Kaufgeschäfte	277
§ 103.	Tauschverträge	279

II. Spiel und Wette.

§ 104.	Das Spiel	280
§ 105.	Die Wette	282

III. Schenkung. Vergleich.

§ 106.	Begriff der Schenkung	283
§ 107.	Die Verbindlichkeiten aus der Schenkung	286
§ 108.	Die Beschränkungen der Schenkungen	288
§ 109.	Der Vergleich	291

IV. Miethverträge.

§ 110.	Die Arten der Miethverträge. Geschichtliche Einleitung	295
§ 111.	a) Die Sachenmiethe	297
§ 112.	b) Die Dienstmiethe	303
§ 113.	c) Locatio conductio operis	305
§ 114.	Die lex Rhodia de jactu	308

V. Mandat. Verwandte Geschäfte. Negotiorum gestio.

a) Mandat.

§ 115.	Begriff des Mandates	310
§ 116.	Die Verpflichtungen aus dem Mandat	313
§ 117.	Erlöschen des Mandates	316

Seite

b) Unterarten des Mandates und verwandte Geschäfte.

§ 118. Garantieverträge 317
§ 119. Die Anweisung 318
§ 120. Der Trödelvertrag 321

c) Die negotiorum gestio.

§ 121. Allgemeines über die negotiorum gestio 322
§ 122. Geschäftsführung für Andere auf deren Rechnung 324
§ 123. Fremde Geschäfte auf eigene Rechnung 330

VI. Der Gesellschaftsvertrag.

§ 124. Begriff und Arten des Gesellschaftsvertrages 332
§ 125. Entwickelung des römischen Societätsrechtes 333
§ 126. Beiträge, Antheile, gegenseitige Verbindlichkeiten der Gesellschafter . 335
§ 127. Verhältniß der Gesellschafter nach außen 338
§ 128. Beendigung der Societät 340

Zweiter Abschnitt. Die außerkontraktlichen Obligationen.

Erstes Kapitel. Die Deliktsobligationen.

§ 129. A. Das Allgemeine der Deliktsobligationen 342
§ 130. B. Das Furtum 346

C. Die Klage wegen Sachbeschädigung und verwandte Rechtsmittel.

§ 131. Schuldhafte Sachbeschädigung 348
§ 132. Schuldhafte Beschädigung und Tödtung einer Person 353
§ 133. Beschädigung durch Thiere 354
§ 134. Die actio de dejectis et effusis 356

D. Haftung wegen anderer als Sachbeschädigungen.

§ 135. Ersatz wegen Verschuldung im Allgemeinen 357
§ 136. Actio doli 358
§ 137. E. Die Injurienklage 359

Zweites Kapitel. Die Kondiktionen.

§ 138. A. Die Kondiktionen im Allgemeinen 362

B. Kondiktionen unredlichen Erwerbes.

§ 139. Die condictio furtiva 364
§ 140. Condictio ob turpem vel injustam causam 365

C. Die Kondiktionen wegen objektiv ungerechtfertigten Erwerbes.

§ 141. Die condictio indebiti 367
§ 142. Die condictio ob causam 372
§ 143. Die condictiones sine causa 374

Drittes Kapitel. Die Anfechtungsrechte verletzter Gläubiger.

A. Das römische Recht.

§ 144. Die geschichtliche Entwickelung der actio Pauliana 376
§ 145. Die Grundsätze der actio Pauliana 378

B. Das Anfechtungsrecht nach den Reichsgesetzen.

§ 146. Das Allgemeine des Anfechtungsrechtes 381
§ 147. Die einzelnen Sätze des Anfechtungsrechtes 384

Sachregister 387

Regiſter der Parömien.

Die Zahlen vor der Klammer verweiſen auf die Seiten, die eingeklammerten Ziffern auf die Paragraphen; a = Anmerkung.

Anweiſung iſt nicht Zahlung 320 a 10 (119).
Casum sentit dominus 119 a 3 (44).
Casus a nullo praestantur 119 (44).
Cujus periculum, ejus est commodum 67 (23).
Dies interpellat pro homine 109 (40).
Genus perire non censetur 71 a 2 (25).
Impossibilium nulla obligatio 45 a 2 (16).
In praeteritum non vivitur 90 (31).
Ipso jure compensatur 171 (62).
Kauf bricht Miethe 301 (111).
Lata culpa dolus est 99 a 6 (36).
Periculum est emptoris 57 (20), 259 (96).
Periculum est locatoris 296 (110).
Qui delegat solvit 320 a 10 (119).
Qui ex causa judicati solvit repetere non potest 369 a 22 (141).
Species perit ei cui debetur 71 a 2 (25).

Drittes Buch.

Das Obligationenrecht.

Erster Theil.

Die allgemeinen Lehren.

Erster Abschnitt.

Rechtliche Natur der Obligationen.[1]

§ 1. Begriff der Obligation.[2]

Obligationen sind Rechtsverhältnisse, die in der Pflicht des Schuldners zu einer vermögenswerthen Leistung an den Gläubiger bestehen.[3 4]

1) Eine durchsichtige Darstellung der Obligationen im Allgemeinen giebt das insbesondere für das französ. Recht wichtige Werk von Pothier: traité des obligations in der Gesammtausgabe seiner Werke vol. I p. 1 ff. Vgl. weiter: Unterholzners quellenmäßige Zusammenstellung der Lehre des röm. Rechtes von den Schuldverhältnissen, 2 Bde., nach dessen Tode von Huschke herausgegeben 1840; Savigny, das Obligationenrecht als Theil des heutigen röm. Rechtes, Bd. 1 und 2, 1851 und 1853 — leider unvollendet — hier citirt mit O.R. Zu erwähnen ist auch das auf Vorträgen beruhende, nach dem Tode des Autors veröffentlichte Werk von Molitor, les obligations en droit romain, 3 tomes, 1851; sowie Koch, Recht der Forderungen nach gem. und preuß. Recht 3 Bde. 2. Aufl. 1859. Gemeines Recht enthält überwiegend Hasenöhrl, österreich. Obligationenrecht, bis jetzt Bd. 1 1878 ff., Bd. 2 Abth. 1 1886, mit zahlreichen Litteraturnachweisen. Den allgemeinen Theil behandelt Ryck, d. L. von den Schuldverhältnissen 1889.

2) Vgl. auch oben Bd. 1 § 22 unter b).

3) Legaldefinitionen enthalten: pr. J. de obligat. 3, 13. obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendae rei secundum nostrae civitatis jura und l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 2 institutionum: obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum. Ryck, die obligatio 1878, giebt Mittheilung über die Versuche seit der Zeit der Glossatoren, die Obligation zu definiren.

4) Der Ausdruck obligatio ist ein vieldeutiger. Er bezeichnet: a) den Akt der Obligirung l. 19 D. de V. S. 50, 16, b) das Verpflichtetsein des Schuldners, pr.

Die Obligationen dienen dazu, uns Güter zu *verschaffen*. Sie bezwecken bald die Uebereignung körperlicher Sachen, bald deren Ueberlassung zum Gebrauche, bald endlich Dienste physischer oder geistiger Art. Meist gewähren sie Ansprüche auf Handlungen, aber auch Unterlassungen können sie ausbedingen. Um dieses weite Gebiet zu erschöpfen, wählt man seit langer Zeit den Ausdruck „*Leistung*", welcher Handlungen und Unterlassungen aller Art zu fremden Gunsten umfaßt.[5]

Die Leistung muß aber eine vermögenswerthe sein. Dies giebt dem Kreise der Obligationen seine feste Begrenzung.[6]

Die Obligationen gehören hiernach, wie die Sachenrechte, dem Vermögensrechte an. Aber die Unterschiede dieser beiden Hauptkategorien der Vermögensrechte sind sehr erheblich. Denn die Sachenrechte unterwerfen uns *körperliche Sachen unmittelbar*. Die Obligationen geben keine Herrschaft über die sichtbare Welt; sie begründen ein Verhältniß *von Person zu Person* bezüglich Vermögensinteressen. Sie greifen in eine unsichtbare Sphäre ein, in die der Entschlüsse. Diese rufen sie durch psychische Mittel hervor. Den Schuldner treibt zur Erfüllung theils Rechtsgefühl, theils die Rücksicht auf seinen Kredit; schließlich steht im Hintergrunde der staatliche Zwang.

Die augenfälligste und geradezu drastische Erzwingung der Obligation ist die Zwangsvollstreckung gegen die Person des Schuldners oder in sein Vermögen. Hier setzt neuerdings eine Auffassung ein, welche der Obligation eine greifbare Herrschaft zuschieben will, indem sie das Wesen der Obligation in die Unterwerfung des Schuldners unter die Zwangsvollstreckung, also in die Haftung von Person und Vermögen des Schuldners für den Fall seiner Nichtleistung setzt.[7] Doch

---

J. de obligationibus 3, 13, c) das der Verpflichtung gegenüberstehende Forderungsrecht, l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7, und endlich d) das gesammte Rechtsverhältniß in beiden Beziehungen. Siehe Windscheid Bd. 2 § 251 und die dort citirten Abhandlungen über die Bedeutung des Wortes obligatio.

5) Schey, Struktur der Forderungsrechte in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 361.

6) Vgl. § 17.

7) Brinz hat die Auffassung, daß „in der Haftung der Begriff der Obligation und seine Restauration liegt", in Grünhuts Zeitschrift Bd. 1 n. 2 vertheidigt, nicht weniger in seinen Pandekten Bd. 2 S. 1 ff. ausgeführt. Gegen ihn hat sich namentlich in eingehender Erörterung Rümelin gewendet im Archiv für civ. Praxis Bd. 68 n. 8, worauf Brinz ebendas. Bd. 70 n. 12 erwidert hat. Sohm in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 n. 7 erachtet die Zwangswirkungen gegen die Person des Schuldners wie gegen sein Vermögen als dem Inhalte des Forderungsrechtes völlig fremd. In der Exekution sei nur die überlegene Energie des öffentlichen Rechtes thätig. Das Wesen des dinglichen Rechtes sei Macht — durch den Besitz —, das Wesen des Forderungsrechtes Ohnmacht — weil es nicht durch den Besitz gedeckt sei. — Vgl. aber das oben Bd. 1 § 126 bemerkte. Siehe auch Kuntze, die Obligationen und das jus extraordinarium 1886, insbesondere S. 90, Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 3.

hiermit wird Ursache und Wirkung verwechselt. Das Recht der Zwangsvollstreckung besteht wegen der Obligation und in ihrem Gefolge, aber es ist nicht die Obligation. —

Die Obligation verweist auf die Zukunft. Es soll etwas werden, geschehen oder unterbleiben. In diesem Sinne enthält *jede Obligation* ein freiwilliges oder auch unfreiwilliges *Kreditiren*, d. h. Erwartung künftiger Erfüllung. So rechtfertigt sich der Name Gläubiger — creditor — bei allen Obligationen, auch bei den außerkontraktlichen.[8]

Enger ist der Begriff der *Kreditgeschäfte* d. h. der Verträge, bei denen man freiwillig einem Schuldner *Werthe anvertraut* unter der Verpflichtung künftiger Erstattung.[9] In einem ganz besonderen Sinne aber ist es „Kreditgeschäft", wenn dem Schuldner *Fungibilien unter der Verpflichtung der Rückgabe in gleicher Art überlassen werden*, mag diese nun eine Darlehensschuld bilden, oder in anderer Gestalt, z. B. durch Stipulation oder einen Wechsel übernommen sein.[10]

Bei jeder Obligation läßt sich von einer *Schuld*, d. h. einer präsenten oder eventuellen Verbindlichkeit zu einer Leistung reden. Jeder Verpflichtete wird daher Schuldner — debitor — genannt. Im engeren Sinne aber spricht man von einer „Schuld" nur dann, wenn eine Verbindlichkeit zur *Uebertragung von Vermögenswerthen* besteht.[11] Der Mandatar z. B. ist mit der Uebernahme des Mandates verpflichtet, seine Kraft und Thätigkeit zur Ausführung des ihm ertheilten Auftrages einzusetzen; einen Schuldner des Mandanten werden wir ihn aber erst nennen, wenn er in Folge des Mandates Werthe an den Mandanten zu erstatten hat. —

---

8) S. unten §§ 129 ff.

9) Diesen Begriff des Kreditums legte der Prätor zu Grunde, indem er unter dem Titel „de rebus creditis" auch „de commodato et de pignore" edicirte, l. 1 § 1 D. de rebus creditis 12, 1.

10) So formulirt das Kreditum Paulus libro 28 ad edictum l. 2 § 1 D. de rebus creditis 12, 1 — „nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest." Vergleicht man übrigens hiermit l. 2 cit. § 3, wo Kreditum in anderem Umfange genommen ist, so wird man nicht zweifeln, daß die Kompilatoren die Erörterungen von Paulus arg zurichteten. Ueber den Begriff des Kredits vgl. Georg Cohn in Endemanns Handbuch des Handelsr. Bd. 2 Abschnitt 6. Dort finden sich Litteraturnachweise. Siehe auch Schey, oblig. Verhältnisse Bd. 1 S. 30.

11) Die Unterscheidung wird vorzugsweise von Brinz, Pand. Bd. 2 S. 33 ff. betont. Brinz nimmt an, eine Schuld liege vor, wenn die Leistung aus dem Vermögen des Leistenden zu erfolgen habe oder wenn sie doch nicht ohne Vermögensaufwand von dessen Seite möglich sei, also eine Vermögensverringerung mit sich führe. — Windscheid Bd. 2 § 251 Anm. 2 hält es für dem Sprachgebrauch entsprechend, nur „Geldschulden" als Schulden zu bezeichnen. Vgl. übrigens auch Rümelin im Arch. für civ. Praxis Bd. 68 S. 183.

Das Obligationenrecht behandelt in seinem ersten allgemeinen Theile die Obligation als solche, d. h. das allen oder doch größeren Gruppen von Obligationen Gemeinsame, und in seinem zweiten besonderen Theile die einzelnen Arten der Obligationen.[12 13]

§ 2. Die Leistungspflicht und ihr Zweck.

Die Obligation giebt ein Mittel zu einem Ziele. Das Mittel ist die Leistungspflicht des Schuldners, das Ziel der Vermögensvortheil, der dem Gläubiger verschafft werden soll.[1]

Die Obligation hat zum Inhalt die Leistungspflicht des Schuldners; aber schließlich kommt es dem Gläubiger doch auf den Erfolg an, welcher durch die Leistung herbeigeführt werden soll.

Hieraus erklären sich wichtige Erscheinungen.

Es ist scharf zu unterscheiden: was ist der Inhalt der Obligation? und: was genügt zu ihrer Erfüllung?

Auf den ersten Blick scheint, daß sich beides decken müsse. Und dies war in der That der Standpunkt des ältesten Rechtes. Aber er ließ sich nicht festhalten. Unter anderem tritt dies bei der Frage hervor, wer befugt ist, eine Schuld zu zahlen? Verpflichtet wird durch die Obligation nur der Schuldner und sein Erbe, dies ist ihr Inhalt, und dennoch kann sie in der Regel Jeder, auch der Nichtschuldner er-

12) Ansprüche aus dinglichen Rechten unterliegen zu einem nicht geringen Theile Rechtssätzen, die sich bei den Obligationen entwickelt haben, z. B. über die Cession, nach Einigen auch über die mora. Aber diese Ausdehnung rechtfertigt nicht, die dinglichen Ansprüche den Obligationen geradezu zu unterstellen, wie dies Rümelin im Archiv für civ. Praxis Bd. 68 S. 192 ff. vorschlägt. Die Obligationen sind „besondere" Rechtsverhältnisse „zwischen zwei Personen" — Ryck, Schuldverhältnisse S. 1 —; die dinglichen Ansprüche sind aus einem Rechtsverhältnisse anderer Art, dem dinglichen Rechte abgeleitet. Dies ist eine wichtige grundsätzliche und auch praktisch erhebliche Verschiedenheit. Um deswillen war jedenfalls den Römern die Unterstellung der dinglichen Ansprüche unter die Obligationen — wie Rümelin zugiebt — fremd, § 1 J. de act. 4, 6. Die Systematik muß aber auf den historisch gegebenen Rechtsbegriffen fußen, sonst läuft sie Gefahr, sich ins Bodenlose zu verlieren.

13) Obligatorische Verhältnisse ergeben sich häufig als Konsequenzen dinglicher, familienrechtlicher, erbrechtlicher Verhältnisse. Diese werden im Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht behandelt.

1) Scharf hat G. Hartmann die Obligation: Untersuchungen über ihren Zweck und Bau 1875 hervorgehoben, daß in der Obligation zwei Begriffsmomente liegen, indem sie ein juristisches Mittel zu einem bestimmten Zwecke gewährt, vgl. insbesondere S. 31 ff. Aber Hartmann wird einseitig, wenn er das Recht auf „eine Leistung" aus dem Begriffe der Obligation eliminiren will und hiernach — S. 161 — zu folgender Formulirung kommt: „Die Substanz der Obligation ist nur das konkret begründete und irgendwie rechtlich gesicherte Soll, gerichtet auf Herstellung des vorausbestimmten Zweckerfolges".

füllen. Denn ſeine Leiſtung bewirkt den Erfolg, der erzielt werden ſoll, nicht minder als die des Schuldners ſelbſt. Und dies muß zur Tilgung der Obligation genügen.

Weil die Obligationen nur Mittel zur Erreichung beſtimmter Ziele bilden, iſt es ferner möglich, daß mehrere Obligationen um deſſelben Zweckes willen begründet werden.

Und zwar kann einmal derſelbe Schuldner in ſolcher Art verſchiedene Obligationen übernehmen. Dies iſt z. B. der Fall, wenn der Käufer ſeinem Verkäufer den Kaufpreis, den er dieſem aus dem Kaufkontrakte ſchuldet, außerdem in einer anderen Rechtsform zuſagt, wie in Rom durch eine acceſſoriſche Stipulation geſchehen konnte und heutzutage oft durch Wechſel geſchieht. Es beſtehen dann mehrere Obligationen des Schuldners, aber es handelt ſich bei allen um eine Zahlung, um daſſelbe Ziel.

Nicht anders iſt es, wenn mehrere Perſonen daſſelbe verſprechen. Auch hier finden ſich mehrere Obligationen, und nur ein Ziel. Hierin liegt das Eigenthümliche der Korrealſchuld, an welcher man ſich ſo vielfach vergeblich abgemüht hat.

Da die Obligationen die Erlangung eines Vermögensvortheils rechtlich gewährleiſten, ſo repräſentiren ſie bereits gegenwärtig in der Schätzung der Menſchen einen Vermögenswerth. Sie bilden daher einen Beſtandtheil des Vermögens des Gläubigers, über welchen er verfügen, den er insbeſondere abtreten und verpfänden[2] kann.

Beſteht eine Mehrheit von Obligationen, die übereinſtimmend bezwecken, dem Gläubiger daſſelbe zu verſchaffen, ſo handelt es ſich bei allen nur um einen Vermögenswerth. Sie bilden dann in der Vermögensbilanz des Gläubigers einen Beſtandtheil — eine Vermögenspoſt.

§ 3. Die Obligation und die Klage.

Den Gläubiger ſchützt kein Beſitz, wie er dem dinglich Berechtigten zu Gute kommen kann. Gegenüber dem ſäumigen Schuldner iſt er in der Regel auf die Klage angewieſen. Nur die klagbare Obligation iſt daher eine vollkommene.[1] Man nennt ſie „civilis“, weil ſie durch die bürgerliche Geſellſchaft geſchützt iſt, mag ſie nun im Uebrigen geſchichtlich dem alten römiſchen Civilrecht angehören — o. civilis im engeren Sinne — oder dem jus gentium.[2]

2) Vgl. oben Bd. 1 § 293.

1) l. 10, l. 108 D. de V. S. 50, 16.

2) Für Obligationen des römiſchen Civilrechtes gebraucht den Ausdruck § 1 J. de obligationibus 3, 13, l. 5 pr. D. de pign. 20, 1, l. 1 § 1 D. de nov. 46, 2.

Die Nothwendigkeit für den Gläubiger, zu klagen, um zu seinem Rechte zu kommen, giebt dem Schuldner die oft erwünschte Gelegenheit, die Erfüllung hinauszuziehen, so daß inzwischen der Gläubiger das Geschuldete entbehrt, auch wenn er es noch so dringend bedarf, und obgleich möglicher Weise nach endlicher Fällung des Urtheils Vermögen beim Schuldner nicht mehr zu finden ist.

Das Ideal des Prozesses ist daher ebensowohl *größte Raschheit des Verfahrens* wie *volle Gerechtigkeit* der Entscheidung. In der That kreuzen sich jedoch leicht die Anforderungen zur Verwirklichung dieser Postulate.

Das alte römische Recht zielte vorzugsweise auf schleunigste Erledigung der Prozesse ab. Hieraus erklärt sich zum großen Theile die Einseitigkeit und Sprödigkeit des altrömischen Obligationenrechtes und der ihm zugehörigen judicia stricti juris. Später waren die Römer bestrebt, der materiellen Gerechtigkeit in höherem Maße nachzukommen. Nach diesem Gesichtspunkte entwickelte sich das Obligationenrecht seit Ende der Republik, insbesondere die Handhabung der bonae fidei negotia und der entsprechenden Klagen. Aber die Schattenseite blieb nicht aus; die prompte Erledigung der Prozesse in alter Weise war damit schwer vereinbar.

Gemeinrechtlich gelten die Grundsätze der bonae fidei judicia allgemein; die römischen stricti juris judicia sind in ihnen aufgegangen.[2] Doch das Bedürfniß, gewisse Forderungen schleunig zur gerichtlichen Anerkennung zu bringen, hat zu neuen Formalgeschäften, insbesondere zum „Wechsel" geführt.[4]

Im alten Rom reagirten scharfe *Prozeßstrafen* gegen Prozeßverzögerung durch den Schuldner.[5] Sie trafen zum größeren Theile

---

Aber civilis obligatio wird auch jede klagbare Obligation ohne Unterschied ihres Ursprunges genannt, l. 16 §§ 3 und 4 D. de fidej. 46, 1, l. 7 § 2 D. de pactis 2, 14. Anders Scheurl, Heidelberg. krit. Zeitschr. Bd. 1 S. 504.

3) Vgl. oben Bd. 1 § 131.

4) Ueber die abstrakten Obligationen vgl. unten § 22. Uebrigens kennt das heutige Recht, auch hiervon abgesehen, zahlreiche Mittel, um Forderungen möglichst rasch zur Vollstreckung zu bringen. Namentlich sind nach C.P.O. § 702 Ziff. 5 Ansprüche aus Urkunden, welche von einem deutschen Gerichte oder von einem Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse in der gesetzlichen Form aufgenommen sind, wenn sie die Zahlung einer bestimmten Summe von Geld oder von anderen Fungibilien zum Gegenstande haben, ohne vorgängiges gerichtliches Verfahren von ihrer Fälligkeit an vollstreckbar, falls sich der Schuldner in der Urkunde sofortiger Zwangsvollstreckung unterwarf. Es kann ferner ein Theilurtheil als Endurtheil über einen von mehreren zusammen zur Verhandlung stehenden Ansprüchen erlassen werden — C.P.O. § 273. In vielen Fällen endlich sind Urtheile erster Instanz, sei es von Amtswegen, sei es auf Antrag des Gläubigers, vom Richter für vorläufig vollstreckbar zu erklären, so daß die Vollstreckung durch Berufung oder Revision nicht aufgehalten wird. C.P.O. §§ 648 ff.

5) Die poenae temere litigantium in der klassischen Zeit stellt Gajus Inst. IV §§ 171 ff. dar.

den Unterliegenden schlechthin, ohne Unterschied, ob er aus Chikane Prozeß führte, oder in gutem Glauben an sein Recht für dasselbe stritt. In der That ist eine solche Unterscheidung zwar billig, aber wenig praktisch, da sie nothwendig macht, daß dem Prozesse über die Hauptsache ein unerquickliches Nachspiel über die Frage der Prozeßchikane des Unterliegenden folgt. Hiernach erscheint aber die Verhängung von Prozeßstrafen überhaupt als bedenklich. Im justinianischen Rechte waren sie bereits sehr vermindert.[6] Im heutigen Rechte haben sich nur aus besonderen Gründen Nachtheile ungerechtfertigten Ableugnens von Verbindlichkeiten erhalten.[7]

Der Unterliegende hat jedoch in der Regel die Prozeßkosten zu tragen.[8]

Die Obligation gewährt nur ein Klagerecht gegen den Schuldner

---

6) In mehreren Fällen trafen den Schuldner noch Strafen für das Leugnen des Klageanspruchs. Litiskrescenz auf das Doppelte trat namentlich ein, wenn der mit der actio legis Aquiliae wegen Sachbeschädigung Belangte seine Verpflichtung in Abrede stellte, also nicht bloß die Höhe der Klageforderung bestritt — infitiatione actio duplicatur, in confitentem in simplum datur, l. 2 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2, vgl. §§ 19, 23, 26 I. de act. 4, 6. Ferner ging die Klage auf Rückgabe des bei einer außerordentlichen Kalamität gegebenen Depositums — des s. g. dep. miserabile — auf das Doppelte, wenn der Depositar den Empfang böslich ableugnete. Strafen wegen Nichterfüllung waren gleichfalls nicht selten. Der mit der actio quod metus causa Belangte insbesondere, welcher dem richterlichen Befehle der Restitution nicht nachkam, wurde auf das Vierfache verurtheilt, ferner hatte der mit einem Vermächtnisse zu Gunsten der Kirche oder einer pia causa Beschwerte das Doppelte zu zahlen, wenn er es trotz der bischöflichen Mahnung zum Prozesse kommen ließ, §§ 19, 23, 26 I. de act. 4, 6. Alle diese und einige ähnliche poenae temere litigantium des justinianischen Rechtes sind der deutschen Praxis fremd geblieben; die neuere Prozeßgesetzgebung hat ihnen zudem den Boden entzogen, wenn sie solchen überhaupt gehabt haben. Vgl. L. Seuffert im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 n. IX. Anderer Ansicht Windscheid Bd. 2 § 263 Anm. 15, vgl. aber auch R.G. Bd. 11 S. 419, Bd. 26 S. 211.

7) Praktische Geltung haben folgende Nachtheile des Leugnens. Wird einer von mehreren Bürgen verklagt und leugnet er mit Unrecht seine Verpflichtung aus der Bürgschaft ab, so verliert er die Rechtswohlthat, zu fordern, daß die Klage unter die Mitbürgen getheilt werde, das beneficium divisionis, l. 10 § 1 D. de fidejuss. 46, 1, unten § 81. Nach der Ausdehnung dieses Satzes in der Praxis geht dem Bürgen, wenn er seine Bürgschaftsschuld abgeleugnet hat, auch das beneficium excussionis verloren. Vgl. ferner l. 67 § 3 D. pro socio 17, 2. Es handelt sich bei diesen Normen nicht um Prozeßstrafen, sondern um negative Bedingungen von Rechtswohlthaten, die durch Veränderungen der Formen des Prozesses nicht berührt werden. Praktischen Rechtens ist ferner die l. 25 pr. D. de probat. 22, 3, unten § 141 Anm. 30 ff, wonach der mit der condictio indebiti Belangte, welcher den Empfang einer Zahlung in Abrede gestellt hat, falls diese dargethan wird, seinerseits die Existenz der Schuld, derentwegen die Zahlung geschehen sein soll, beweisen muß. Die Ableugnung läßt es als wahrscheinlich erscheinen, daß der Beklagte nichts zu fordern hatte; diese Wahrscheinlichkeit ist durch l. 25 cit. zur gesetzlichen Vermuthung erhoben. Auch hier ist also von einer eigentlichen Strafe nicht die Rede. Vgl. L. Seuffert a. a. O. S. 351.

8) § 1 in fine J. de poena temere litigantium 4, 16. C.P.O. §§ 87 ff. Vgl. insbesondere Waldner, die Lehre von den Prozeßkosten 1883.

und dessen Erben — eine actio in personam. Andere können aus ihr nicht in Anspruch genommen werden. Daher hat der Gläubiger, welcher eine bestimmte Sache zu fordern hat, kein Klagerecht gegen den, welcher dieselbe erwarb, ungeachtet diesem das Bestehen der Forderung auf die Sache beim Erwerbe bekannt war. Jener Gläubiger ist darauf beschränkt, von seinem Schuldner, welcher seiner Verbindlichkeit zur Leistung der Sache nicht nachkommt, Entschädigung wegen Kontraktbruches beizutreiben.[9]

Die ältere gemeinrechtliche Theorie wollte dies nicht anerkennen. Man schrieb vielmehr dem Gläubiger einer speciell geschuldeten Sache, insbesondere deren Käufer, ein Recht zur Sache — jus ad rem — zu, welches auch dritten Erwerbern gegenüber geltend gemacht werden könne, wenn sie jenes Recht beim Erwerb der Sache kannten.[10]

Dies scheint durch ethische Anforderungen und die deutsche Volksauffassung geboten. Eine praktische Schwierigkeit liegt aber darin, daß Dritten eine sichere Kenntniß der zwischen Anderen bestehenden obligatorischen Beziehungen oft nicht innewohnen wird, oft nicht nachweisbar ist.

Die neuere gemeinrechtliche Theorie und Praxis ist zu den Grundsätzen des reinen römischen Rechtes zurückgekehrt und hat das Recht zur Sache verworfen.

§ 4. Die Naturalobligationen.[1] Das Allgemeine.

Neben den klagbaren Obligationen — obligationes civiles — finden sich klaglose — naturales.

Die obligationes naturales entbehren der Klagbarkeit und sind um deswillen nur uneigentliche, unvollkommene Obligationen, aber sie sind gleichwohl nicht ohne rechtliche Wirkung, demzufolge doch Obligationen.

Wie erklärt sich ihre Erscheinung? Die herrschende Ansicht be-

9) l. 6 C. de hereditate vendita 4, 39. Antoninus. Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit. sed quoniam contractus fidem fregit, ex empto actione conventus quod tua interest praestare cogitur. Vgl. l. 15 pr. C. de rei vind. 3, 32.

10) Ziebarth, Realexekution und Obligation 1866 S. 203 ff., v. Brünneck, über den Ursprung des s. g. jus ad rem 1869.

1) Das Hauptwerk ist von Schwanert: die Naturalobligation des röm. Rechtes 1861. Dort findet sich in der Einleitung S. 7 ff. eine Darstellung und Kritik der Schriften von der Glosse an und damit auch eine Uebersicht über die Litteratur. Vgl. noch Scheurl in Iherings Jahrb. Bd. 7 n. 6 und Brinz, Pand. Bd. 2 §§ 219 ff. sowie Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 371. Kuntze, die Obligation S. 192.

zeichnet sie seit Alters als die Obligationen des jus gentium.[2] Aber damit wird ihre Eigenthümlichkeit, nämlich ihre Klaglosigkeit, nicht erklärt. Sind doch sonst die Ansprüche des jus gentium klagbar geworden. Andere suchen ihre Wurzel in dem „Naturrechte“[3] oder in der „Billigkeit“[4] oder in der „natürlichen Auffassung“.[5][6] Auch damit bringen wir nicht tiefer in ihr Wesen ein.

Es handelt sich um einen Gegensatz zwischen der bürgerlichen Gesellschaft und dem Staate. Gewisse Verbindlichkeiten, die der Staat nach den Principien des Rechtes und seinen Zwecken nicht durch Klage sichert und nicht sichern kann, respektirt gleichwohl die bürgerliche Gesellschaft theils mit Rücksicht auf merkantilen Kredit und Ruf, theils als Postulate der Sitte und des Anstandes. Sie sind also an sich dem Rechte fremd; dennoch sieht sich das Recht veranlaßt, eine

---

2) Für diese Auffassung hat man sich seit Alters auf eine abgerissene Aeußerung von Paulus bezogen: lib. 3 quaestionum l. 84 § 1 D. de R. J. 50, 17. Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus. Doch dies heißt nur: Obligationen des jus gentium gelten zugleich als naturale. Daß alle naturalen und namentlich die „klaglosen“ Obligationen im jus gentium wurzeln, ist nicht gesagt und wäre unhaltbar. In neuerer Zeit vertheidigen die Zurückführung der Naturalobligation auf das jus gentium vorzugsweise Puchta, Pand. § 237 und Savigny, O.R. Bd 1 S. 22 ff. Vgl. dagegen Schwanert a. a. O. S. 33 ff. Wer auf jener Basis steht, kommt folgerecht dazu, dem Institute der naturalis obligatio als einer bloß historischen Erscheinung im heutigen Rechte die Existenzberechtigung abzustreiten. In diesem Sinne führt namentlich Scheurl a. a. O. aus: „Die naturalis obligatio hatte die Bestimmung, beim Zusammenstoße eines im Absterben und eines im Werden begriffenen Instituts zu vermitteln; der vollständige Sieg des werdenden Rechtes über das absterbende mußte jenes Rechtsinstitut vollständig zwecklos machen.“ Und doch liegt es auf der Hand, daß zwingende innere Gründe verbieten, die Naturalobligation ohne weiteres mit Klagbarkeit auszustatten, z. B. die des Unmündigen, wenn er selbständig kontrahirt, oder des Hausſohnes, der ohne väterliche Genehmigung ein Darlehen aufnimmt.

3) Dies war die Auffassung von A. D. Weber, systematische Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit 1784, in 5. Auflage 1825.

4) Scheurl in der Heibelb. krit. Zeitschrift Bd. 1 S. 501 ff. Scheurl hat seine Ansicht später in seiner Abhandlung in Iherings Jahrb. Bd. 7 n. 6 nicht festgehalten.

5) Die „natürliche Auffassung“ ist für Windscheid Bd. 2 § 287 Anm. 5 die Wurzel der naturalis obligatio. Auch ihm gegenüber bleibt die Frage, wie kommt es, daß sich das Recht „die natürliche Auffassung“ nicht voll aneignet?

6) Brinz a. a. O. verlangt zur eigentlichen Naturalobligation Kontrakt, Quasikontrakt oder Delikt, gewissermaßen den Körper einer vollkommenen Obligation, so daß aber irgend ein Umstand bestehe, welcher die civile Wirkung oder den civilen Fortbestand der Obligation ausschließe. Von den eigentlichen Naturalobligationen unterscheidet Brinz die auf der Familien- und Staatsgenossenschaft beruhenden Pflichten — Officialansprüche, die zwar auch als Naturalschulden bezeichnet würden, aber von den specifischen naturales obligationes wesentlich abwichen. Dazu kommen dann noch außerhalb der Officialansprüche auftauchende „natürliche Schuldigkeiten“. Aehnlich Schwanert a. a. O., vgl. u. a. S. 53 ff. Diese Theorien gehen zu weit in der Analyse. So berechtigt dieselbe auch nach mancher Richtung bei der Naturalobligation ist, ist doch eine Gemeinsamkeit offenbar vorhanden und nachzuweisen.

gewisse Einwirkung dieser natürlichen Verbindlichkeiten auf seine Ordnungen anzuerkennen.

Möglich ist bei ihnen jede Wirkung der vollkommenen Obligation, abgesehen von der Klage. Doch ihre vorzüglichste Wirkung ist ihre Zahlbarkeit, d. h. daß die zu ihrer Erfüllung geschehene Leistung rechtlich als Zahlung einer Schuld betrachtet wird.[7] Im Einzelnen kommt Folgendes vor:

1. Wissentlich, d. h. in Kenntniß der Klaglosigkeit der bezüglichen Verbindlichkeiten zu deren Erfüllung gemachte Leistungen gelten als Zahlungen, nicht als Schenkungen.[8]

2. Irrthümlich, d. h. in Nichtkenntniß der Klaglosigkeit geschehene Zahlungen sind seitens des Zahlenden nicht mit der condictio indebiti anfechtbar.[9]

3. Die naturale Obligation kann Grundlage einer Novation, eines Zahlungsversprechens werden.[10]

4. Sie kann rechtsgültig durch Bürgschaft und durch Pfand versichert werden.[11]

5. Kompensation mit naturalen Gegenforderungen ist möglich.[12] Und zwar können sie stets zur freiwilligen Kompensation dienen, aber auch zwangsweise Aufrechnung kommt vor.

Die überhaupt möglichen Wirkungen einer Naturalobligation finden sich keineswegs nothwendig, ja nicht einmal regelmäßig in jedem Falle

---

7) Brinz, krit. Blätter III faßt den Inhalt der naturalis obligatio dahin zusammen, sie sei „zahlbar, nicht klagbar". Dem stimmt Schwanert a. a. O. S. 222 bei. Windscheid Bd. 2 § 288 Anm. 5 hält dieses um deswillen nicht für eine glückliche Formulirung, weil nicht alle Wirkungen der Naturalobligationen als Erfüllungsakte bezeichnet werden können. Dies ist richtig, schließt jedoch nicht aus, daß die Hauptwirkung der Naturalobligation in ihrer Erfüllbarkeit besteht.

8) l. 19 § 4 D. de don. 39, 5, l. 28 D. de cond. indebiti 12, 6.

9) Julianus libro 53 digestorum l. 16 § 4 D. de fidejussoribus 46, 1. Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse. Vgl. über diese Stelle auch Windscheid Bd. 2 § 288 Anm. 11. Der ältere Sprachgebrauch hatte als naturales obligationes nur die klagbaren, aus dem jus gentium stammenden Obligationen aufgefaßt. In der Kaiserzeit bezeichnete man so auch Obligationen, die nicht klagbar aber zahlbar sind und sich als debita durch die Ausschließung der condictio indebiti manifestiren. Vgl. übrigens l. 40 D. de cond. indebiti 12, 6, wo bereits Neratius von demselben Gedanken ausgeht, dem Julian Ausdruck giebt.

10) l. 1, § 1 D. de novationibus 46, 2, l. 1 § 7 D. de constituta pecunia 13, 5.

11) l. 60, l. 16 § 3 D. de fidejussoribus 46, 1, l. 5 pr. de D. pignoribus 20, 1.

12) l. 6 D. de compensationibus 16, 2, Ulpianus libro 30 ad. Sabinum: Etiam, quod natura debetur, venit in compensationem.

derſelben.[13] Nur davon gehen die Quellen aus, daß in der Regel die Rückforderung einer Zahlung auf die Naturalobligation ausgeſchloſſen iſt, ſelbſt wenn ſie im Irrthum geſchah.[14] Ausnahmslos iſt auch dies nicht.

§ 5. Die Fälle der Naturalobligation.

1. Neben dem Verkehre der Bürger ging in Rom fortgeſetzt Handel und Wandel zwiſchen Bürgern und Sklaven, ſowie zwiſchen Sklaven und Sklaven her. Die Sklaven wurden zwar civiliter aus ihren Kontrakten nicht verpflichtet, aber naturaliter galten ſie als obligirt.[1] Das heutige Recht kennt nichts Aehnliches.

2. Das Haus des römiſchen paterfamilias bildete eine kleine Welt für ſich. Jeder Hausangehörige konnte thatſächlich ſein beſonderes Vermögen und Gewerbe haben und mit dem Hausherrn und den derſelben Gewalt Unterſtehenden kontrahiren. Solche innerhalb des Hauſes begründete Verbindlichkeiten waren aber nicht klagbar; ſie beſtanden bloß naturaliter.[2]

Ob hiervon im heutigen Rechte etwas übrig iſt, wird im Familienrechte unterſucht werden.

3. Kontrakte, die von Unmündigen ohne ihren Tutor abgeſchloſſen werden, obligiren jene klagbar, ſoweit ſie aus denſelben bereichert

---

13) Windſcheid Bd. 2 § 288 Anm. 4 bemerkt mit Grund: „Für jede natürliche Verbindlichkeit muß ihr rechtlicher Gehalt beſonders beſtimmt werden. Dieſer Geſichtspunkt iſt beſonders von Schwanert verfolgt worden. Ich ſehe darin das Hauptverdienſt ſeines Buches.“

14) Vgl. oben Anm. 9.

1) l. 13 pr. D. de cond. indebiti 12, 6, l. 50 § 2 D. de peculio 15, 1, l. 14 D. de obl. et act. 44, 7. Ulpianus libro 7 disputationum. Servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur obligati remanent: ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant: denique si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor. Erwarb alſo der Sklave durch ſeine Kontrakte civiliter ſeinem Herrn und daneben „naturaliter“ für ſich ſelbſt? Vgl. Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 94 über die Worte „et obligant“.

2) Von der Pfordten, civ. Abhandlungen 1840, Abh. 2: Ueber Obligationen zwiſchen den durch väterliche Gewalt verbundenen Perſonen. Erörterungen über derartige Naturalobligationen enthält die berühmte l. 38 D. de cond. indebiti 12, 6 nach ihren Anfangsworten „frater a fratre“ genannt. Manche fordern für die naturales obligationes des Hausuntergebenen, daß dem Verpflichteten ein peculium zuſtehe. Vgl. namentlich Mandry, Familiengüterr. Bd. 1 S. 157. Aber mit Recht bemerkt Brinz Bd. 2 S. 46: „der Umſtand, daß die Hausuntergebenen Pekulien haben können, hat zur Entwickelung dieſer Naturalobligationen beigetragen, und die häufigſte Wirkung finden wir im Pekulienrechte, daraus folgt aber nicht, daß ein Pekulium da ſein müſſe, damit naturalis obligatio entſtehe.“ Brinz citirt gegen die Abhängigkeit vom Pekulium die l. 50 § 2 D. de peculio 15, 1.

sind.[3] Hiervon abgesehen verbinden sie die Unmündigen, wie mehrfach in den Quellen ausgesprochen wird, nicht einmal naturaliter.[4] Zahlt also der Pupill die nichtige Schuld, so kann das Geleistete zweifelsohne zurückgefordert werden.

Und dennoch liegt auch in solchen Kontrakten der Keim einer Obligation. Er gelangt zur Kraft, wenn der Pupill mit Zustimmung des Tutors oder auch allein nach erlangter Selbständigkeit, oder wenn sein verpflichtungsfähiger Erbe in Kenntniß der Sachlage zahlt oder expromittirt,[5] er kann ferner die Grundlage gültiger Zahlung, Verbürgung, Novation, Pfandbestellung durch Dritte sein.[6] Eine Verpflichtung des Pupillen besteht also doch insoweit naturaliter, als *verpflichtungsfähige Personen* auf Grund derselben etwas freiwillig *leisten oder versprechen können*.[7]

Was von den Verpflichtungen Unmündiger gilt, bezieht sich auch auf die der entmündigten Verschwender, nach heutigem gemeinen Rechte auch auf die der mündigen *Minderjährigen*.

4. Den *Geldbarlehen* an *Hauskinder* entzog das S. C.

---

3) l. 5 pr. und § 1 D. de auctoritate tutorum 26, 8. Ulpianus libro 40 ad Sabinum... in pupillum... cuivis actionem, in quantum locupletior factus est, dandam divus Pius rescripsit.

4) l. 41 D. de condictione indebiti 12, 6. Neratius libro 6 membranarum. Quod pupillus sine tutoris auctoritate stipulanti promiserit solverit, repetitio est, quia nec natura debet. l. 58 D. de obl. et act. 44, 7. Licinnius Rufinus, libro 8 regularum: Pupillus mutuam pecuniam accipiendo ne quidem jure naturali obligatur.

5) l. 19 § 4 D. de donat. 39, 5, vgl. l. 20 § 1 D. de novat. 46, 2.

6) l. 127 D. de verb. obl. 45, 1, l. 2 D. de fidejussoribus 46, 1, l. 95 § 4 D. de solutionibus 46, 3, l. 1 § 1 D. de novat. 46, 2, § 3 I. quibus modis tollitur obl. 3, 29.

7) So wird denn die Obligation des Pupillen an einigen Stellen schlechthin als naturale bezeichnet, l. 42 pr. D. de jurejurando 12, 2, l. 21 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2, l. 25 § 1 D. quando dies legati 36, 2, l. 95 § 4 D. de solutionibus 46, 3. Wie dies mit den oben Anm. 4 abgedruckten Stellen zu vereinigen sei, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander. — Es handelt sich nur um verschiedene Standpunkte. Neratius und Licinnius Rufinus beschäftigten sich mit der Frage, ob die Obligation dem Pupillen selbst gegenüber Verbindungskraft habe, und verneinten dies, jede auch nur naturale Verpflichtung für den Pupillen leugnend. Die anderen Schriftsteller, welche die mehr komplicirten Fälle einer Anerkennung durch verpflichtungsfähige Personen ins Auge faßten, bejahten bei dieser Gestaltung die Naturalobligation. In der Sache selbst bestand wohl keine Meinungsverschiedenheit, nur der Ausdruck ist einseitig. Vgl. Brinz Bd. 2 S. 47. Die Ansichten der Neueren sind freilich sehr getheilt. Denn Einige leugnen die Naturalobligation des Pupillen schlechthin und beziehen die Stellen, welche dieselbe anerkennen, auf Fälle der Bereicherung des Pupillen, was ihnen freilich arge Gewalt anthut. So Puchta § 237 Anm. h. Andere wollen alle der Naturalobligation möglichen Wirkungen anerkennen, vgl. Savigny, O.R. Bd. 1 S. 61. In neuerer Zeit ist die hier vorgetragene Ansicht zur Herrschaft gekommen, jedoch nicht ohne mancherlei Nüancirung im Einzelnen. Vgl. namentlich Keller in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 n. 12.

Macedonianum die Klagbarkeit. Aber eine naturalis obligatio blieb bestehen.[8][9]

Die römischen Juristen folgerten hieraus den allgemeinen Satz, daß Einreden „in odium creditoris" eine naturalis obligatio übrig lassen, nicht aber solche „in favorem debitoris".[10] Er bildet aber kein Gesetz, sondern eine juristische Beobachtung, und zwar eine unzureichende.

Dies zeigen die Vermächtnisse. Dieselben erleiden einen Abzug, wenn dem Erben die quarta Falcidia nicht frei ist. Zweifelsohne wurde dies nur in favorem debitoris — des Erben — bestimmt. Und doch kann der Erbe nicht zurückfordern, was er wissentlich über die Quart hinaus zahlte — es besteht also eine naturalis obligatio zur Vollzahlung des Vermächtnisses.

5. In Fällen, in welchen die Forderung ihre Klagbarkeit verliert, ohne daß der Gläubiger befriedigt wird, bleibt eine Naturalobligation bestehen, soweit deren Anerkennung mit der Verfassung des Rechtes und den Interessen vereinbar ist, welche zur Aberkennung der Klagbarkeit führten.

Insbesondere erhält sich die Forderung trotz der Klagenverjährung als naturalis.[11] Kompensation mit verjährten An-

---

8) l. 9 §§ 4 ff., l. 10 D. ad. S. C. Macedonianum 14, 6, l. 26 § 9, l. 40 pr. D. de cond. indebiti 12, 6. Vgl unten § 88.

9) Das Hauskind kann auch das während der Dauer der väterlichen Gewalt von ihm selbst gezahlte nicht zurückfordern, l. 9 § 4 D. ad S. C. Mac. 14, 6. Dagegen sind seine Expromissionen und andere Versprechen, mittels deren es das Darlehen zurückzuzahlen verspricht, der exceptio des S. C. unterworfen; dieses wäre anderenfalls illusorisch; vgl. l. 2 C. ad. S. C. Macedonianum 4, 28. Daß auch in dem Fall der l. 20 D. h. t. die exceptio gegeben wird, ist freilich bedenklich. — Kompensation mit der Forderung gegen das Hauskind kann der Darlehensgläubiger nach den Zwecken des S. C. nicht vorschützen. Dernburg, Kompensation S. 471, Windscheid Bd. 2 § 289 Anm. 21; anderer Ansicht ist u. A. Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 522 ff. — Dritte können die Darlehensschuld des Hauskindes rechtsgültig übernehmen, sich für sie verbürgen oder sonst verbindlich machen. Vgl. über die Wirkungen der obligatio naturalis des Hauskindes das Nähere bei Mandry a. a. O. S. 502 ff., Huschke, Darlehen S. 91.

10) l. 40 pr. D. de condictione indebiti 12, 6, l. 19 pr. D. eod. Ueber diese Regel vgl. Savigny, System Bd. 5 S. 375 ff., Windscheid Bd. 2 § 289 Anm. 22.

11) Die naturalis obligatio nach der Klagenverjährung ist oben Bd. 1 § 150 Anm. 4 besprochen. Schriftsteller für und wider sind dort Anm. 2 und 3 citirt. Weitere Litteratur findet sich bei Arndts § 277 Anm. 1. Das stärkste Argument für die Verneinung der Naturalobligation, findet Arndts a. a. O. darin, daß der Zweck der Klagenverjährung ganz vereitelt würde, wenn eine verjährte Forderung noch zur Kompensation gegen eine später entstandene Forderung benutzt werden könnte. Aber nichts nöthigt uns, eine derartige Kompensation zuzulassen, die in der That verwerflich wäre! Für die Fortdauer der Naturalobligation nach der Verjährung spricht, daß nach l. 7 C. de praescriptione XXX annorum 7, 39 die

sprüchen gegenüber Forderungen, die erst nach Vollendung der Verjährung erwuchsen, kann jedoch nicht durchgesetzt werden.

Auch die ungerechtfertigte richterliche Freisprechung des Schuldners läßt die abgewiesene Forderung als naturalis bestehen.[12] Wissentliche Zahlung, sowie Zahlungsversprechen, Verbürgung, Sicherstellung anderer Art sind rechtsgültig. Soweit freilich die Aufrechterhaltung der Rechtskraft des Urtheiles in Frage kommt, kann von der Geltendmachung der naturalis obligatio nicht die Rede sein.

6. Schuldverträge, welche der gesetzlichen Form entbehren, begründen naturale Obligationen, sofern der Verpflichtungswille feststeht.[13]

7. Was die Sitte fordert, bildet wenigstens in dem Sinne eine Naturalobligation, daß das ihr gemäß Geleistete nicht zurückgefordert

---

Pfandklage in mehreren Fällen einer längeren Verjährung unterliegt, wie die persönliche Klage, vgl. oben Bd. 1 § 292 Anm. 12, und doch müßte das Pfandrecht und damit seine Klage sofort untergehen, wenn die Forderung durch Verjährung schlechthin erloschen wäre, siehe oben Bd. 1 § 291 Anm. 3 und 4. Die zwingenden inneren Gründe ferner für die Fortdauer der Obligation als naturalis nach der Verjährung sind oben Bd. 1 § 150 ausgeführt.

12) Die Quellenzeugnisse widersprechen sich. Für die naturalis obligatio tritt entschieden ein l. 60 pr. D. de condictione indebiti 12, 6 Paulus libro 3 quaestionum: Julianus verum debitorem post litem contestatam manente adhuc judicio negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus nec condemnatus repetere posset: licet enim absolutus sit, natura tamen debitor permanet. Hiervon macht eine Anwendung l. 28 l. c. 12, 6 Paulus libro 28 ad edictum: Judex si male absolvit et absolutus sua sponte solverit, repetere non potest. Die Forderung bleibt also zahlbar. Tryphoninus libro 8 disputationum l. 13 D. quibus modis pignus solvitur 20, 6 steht dagegen auf anderem Standpunkte ... si a judice quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 585. Im justinianischen Rechte lassen sich die Aussprüche sehr wohl in der Weise vereinigen, wie Schwanert a. a. O. thut: „die obligatio als naturalis bleibt bestehen, aber nur in dem durch die Bedeutung der res judicata gestatteten Umfange". Daher selbstverständlich keine Kompensation mit solchen Forderungen; es kann ferner der Schuldner das nach dem Judikate in Nichtkenntniß desselben Gezahlte zurückfordern.

13) Die Quellen erkennen eine naturalis obligatio an im Falle eines Zinsenversprechens ohne die nach römischem Rechte erforderliche Form der Stipulation l. 5 § 2 D. de solutionibus 46, 3, l. 11 § 3 D. de pigneraticia actione 13, 7. Ob die Römer auch andere formlose Schuldversprechen als naturaliter verbindlich ansahen, läßt sich mit Sicherheit nicht ausmachen; die heutige Auffassung des Lebens ist dafür. Die Ernstlichkeit seitens des Promittenten muß aber feststehen. Sie fehlt in l. 1 § 2 D. de verb. obl. 45, 1. Denn wenn bei der Stipulation der Befragte statt wörtlich zu antworten bloß nickt, so scheint er den Stipulanten eher zu verhöhnen, als sich zu verbinden. — Die Frage, ob ein formloser Schuldvertrag eine Naturalobligation erzeuge, ist übrigens eine viel verhandelte und sehr bestrittene. Dagegen ist namentlich Holtius, Abhandlungen, übersetzt von Sutro n. Bd. 1 S. 7 und Brinz, kritische Blätter III S. 16. Vgl. aber auch Hofmann, Entstehungsgründe der Obligation S. 31. Natürlich kann das Gesetz seine Formvorschriften in dem Sinne aufstellen, daß jede Wirkung des bloß formlosen Vertrages, auch die naturale, rechtlich negirt werden muß. Dies ist z. B. bei der Anforderung gerichtlicher Insinuation größerer Schenkungen der Fall.

werden kann. Es gehört hierher namentlich die Bestellung einer Dos durch den Schwiegervater an seinen Schwiegersohn und durch die Ehefrau an ihren Ehemann, wenn sie im irrigen Glauben, hierzu verbunden zu sein, geschah.[14]

Die Naturalobligationen wurzeln in den Anschauungen der bürgerlichen Gesellschaft. Ihre Zahl ist daher nicht mit den in den Quellen aufgeführten Fällen abgeschlossen. Beispielsweise ist der Schuldner, welcher in Konkurs gerathen ist und durch Akkord mit der Mehrheit der Konkursgläubiger einen theilweisen Erlaß seiner Schulden erlangt hat, naturaliter zur Vollzahlung verpflichtet.[15] Zahlt er daher später das Erlassene nach, so ist dies Schuldtilgung und keine Liberalität; ebenso sind die für die Vollzahlung später bestellten Sicherheiten rechtsbeständig. Die durch den Akkord erlassenen Ansprüche begründen aber keine Kompensationseinrede.

Zweiter Abschnitt.

Die Entstehungsgründe der Obligationen.

§ 6. Die Entstehungsgründe der Obligationen im Allgemeinen.

Die oberste Eintheilung der Entstehungsgründe der Obligationen bei den Römern ist die in *Kontraktsobligationen* und in *Deliktsobligationen*.[1] Sie beruhte auf einem prinzipiellen Gegensatze.

Kontrakte sind klagbare Verträge. Sie sind die Mittel des Verkehrs.[2]

---

14) l. 32 § 2 D. de condictione indebiti 12, 6; ferner auch l. 26 § 12 D. eod. — Schenkungen können unter Umständen eine natürliche Pflicht zu „Gegengeschenken" erzeugen, l. 25 § 11 D. de her. pet. 5, 3, aber um deswillen allgemein von einer „natürlichen Pflicht zur Dankbarkeit" zu reden, geht zuweit.

15) Anders Seufferts Archiv Bd. 43 n. 7. — Vgl. noch Seufferts Archiv Bd. 18 n. 140 über den Fall der Präjudicirung eines Wechsels wegen verspäteten Protestes.

1) Gajus Inst. III. § 88 (Nunc transeamus) ad obligationes, quarum summa divisio in duas species deducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Vgl. Gajus Inst. IV. § 1, § 1 J. de act. 4, 6.

2) Contrahere — im ursprünglichen Sinne zusammenziehen —, wie auch contractus wird von den Römern im weiteren Sinne für jede Begründung rechtlicher Beziehungen unter Individuen verwerthet. Vgl. Schloßmann, Vertrag S. 23 ff. Es bildete sich aber, und zwar mit Rücksicht auf die Eintheilung der Obligationen „ex contractu" und „ex delicto", der engere Sprachgebrauch heraus, wonach *Kontrakte klagbare Verträge sind*. Hiervon geht namentlich Gajus, welcher jene Eintheilung vertrat, regelmäßig aus. Vgl. Gajus Inst. III. § 91, l. 5 D. de

Delikte sind vom Recht verpönte und mit Privatstrafe belegte schuldhafte Handlungen. Die aus Delikten entspringenden Obligationen hatten in Rom vorzugsweise Strafzwecke, wenn sie auch dem Privatrechte eingeordnet waren.[2]

Der Gegensatz trat in zahlreichen und wichtigen Rechtssätzen hervor. Vor Allem waren die Kontraktsobligationen regelmäßig vererblich, die Deliktsobligationen unvererblich.[4] Der Hausvater ferner, welcher seinem Hausuntergebenen ein Pekulium gab, konnte bis zum Belaufe desselben aus dessen Kontrakten in Anspruch genommen werden, nicht aber aus dessen Delikten; ihretwegen haftete er nur mit Noxalklagen.[5]

Nicht alle Obligationen entstehen aus Kontrakten oder Delikten, aber alle verfolgen sie in erste Linie entweder vermögensrechtliche Zwecke oder Strafzwecke. Hiernach bezeichneten die Römer Obligationen, welche weder Kontrakten noch Delikten entsprangen, entweder als „quasi ex contractu“ oder als „quasi ex delicto“.[6] Die ersteren nahmen an Rechtsätzen Theil, die für die Kontrakte, die anderen an solchen, welche für Delikte aufgestellt waren.[7]

Für das gemeine Recht ist die römische Haupteintheilung in Kontrakts- und in Deliktsobligationen nicht mehr zu verwerthen. Denn die Deliktsklagen verfolgen derzeit wenigstens zum bei weitem größten Theile nicht mehr Strafzwecke, sondern nur Vermögensentschädigung und stehen daher weder principiell noch in den einzelnen Rechtssätzen in einem schroffen Gegensatze gegen die übrigen vermögensrechtlichen Obligationen; sie nehmen auch nicht mehr einen so breiten Raum ein, wie in Rom.[8]

---

obl. et act. 44, 7. Demnach ist die klagbare conventio „contractus“, die nicht klagbare bloßes „pactum“. Vgl. l. 7 pr. § 1 und 2 D. de pactis 2, 14. Zuweilen bezeichnen die Römer bloß die entgeltlichen klagbaren Verträge als contractus, l. 25 § 1 D. de obl. et act. 44, 7, verb. „sui lucri causa“.

3) Vgl. oben Bd. 1 § 130.

4) l. 111 § 1 D. de reg. jur 50, 17. Gajus Inst. IV. § 122, l. 49 D. de obl. et act. 44, 7.

5) l. 1 D. de nox. act. 9, 4.

6) Schon Gajus libro 2 aureorum l. 1 pr. D. de obl. et act. 44, 7 vermehrt seine ältere Eintheilung: — vgl. oben Anm. 1 — obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Er kommt dann im weiteren Verlaufe — libro 3 aureorum l. 5 D. eod. — auf die Subsumtion der Obligationen in quasi ex contractu und quasi ex delicto. Daher giebt § 2 I. de oblig. 3, 13 die vierfache Eintheilung, aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.

7) Vgl. l. 1 §§ 7 ff. und l. 5 § 5 D. de his, qui effuderint 9, 3.

8) Vgl. unten § 129. Auch die Gruppe der Quasikontrakte ist nicht mehr aufrecht zu erhalten. Sie umfaßt sehr Verschiedenes. Richtig ist, daß einzelne der Obligationen, welche die Römer als Quasikontrakte klassificirten, eine innere Ver-

Als der natürlichste Eintheilungsgrund stellt sich heutzutage dar, daß ein großer Theil der Obligationen auf Rechtsgeschäften beruht, daß aber ein nicht minder wichtiger Theil sich an andere Thatbestände knüpft.[9]

Die Thatbestände dieser zweiten Gruppe sind mannigfachster Art. Vergehen, ungerechtfertigte Bereicherung, verwandtschaftliche und sociale Beziehungen geben ihren Boden ab.

Allgemeine Grundsätze sind nur bezüglich der Obligationen, die aus Rechtsgeschäften entspringen, zu entwickeln.

Erstes Kapitel.

Die Form der obligatorischen Geschäfte.

§ 7. Römisches Kontraktensystem.[1]

Genügt zur Begründung der Obligation jedwede irgendwie erklärte Willenseinigung des Gläubigers und des Schuldners? oder bedarf es einer bestimmten Weise — einer Form — der Erklärung, welche unzweideutig zum Ausdrucke bringt, daß und was geschuldet sein soll?

Ueber diese Frage sind die Nationen seit Jahrtausenden getheilt.

Die Römer verlangten eine Form, damit sich der Abschluß des Geschäftes bestimmt abhebe gegenüber Vorbesprechungen und Vorverhandlungen.[2] Hierzu diente ihnen vorzugsweise die Stipulation.

Die Stipulation war ein mündlicher Vertrag unter Gegenwärtigen, bei welchem die Betheiligten ohne Unterbrechung Frage und Antwort austauschen. Der Gläubiger — der Stipulant

---

wandtschaft mit bestimmten Kontraktobligationen haben, so daß deren Analogie für sie verwerthet werden kann; dies gilt namentlich für die negotiorum gestio im Verhältnisse zum Mandat. Es ist dies nichts allen römischen Quasikontrakten Eigenthümliches. Vgl. Ramm, der Quasikontrakt 1882.

9) Anders Brinz Bd. 2 § 247.

1) Gneist, die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts 1845, A. Pernice in d. Ztschrft. d. Savignystift. r. A. Bd. 9 S. 195. L. Seuffert, zur Geschichte der obligatorischen Verträge 1881. — Eine vollständige Darstellung des römischen Kontraktensystems und seiner Entwickelung ist natürlich hier nicht beabsichtigt, vielmehr nur Hervorhebung des für das Verständniß des jüngsten römischen Rechtes Wesentlichen.

2) Pauli sententiae II, 14 § 1 ex nudo pacto inter cives Romanos actio non nascitur.

— mußte die Frage thun, in welcher er die Geschäftsbedingungen formulirte, so daß dem Schuldner — dem Promittenten — nur die Bejahung oblag. In ihrer einfachsten Gestalt lautete die Stipulation centum dare spondes? spondeo.[3]

Ueber die Stipulationen wurden herkömmlicher Weise Urkunden aufgenommen, welche das mündliche, rasch verhallende Wort schriftlich fixirten. Dies war nichts rechtlich Nothwendiges, aber bereits zu Ciceros Zeit Sitte.[4]

Den griechischen Nationen, welche vor und nach ihrer Unterwerfung in lebhaftem Verkehr mit den Römern standen, war die Form der Stipulation fremd. Bei ihnen war die Schriftlichkeit Regel, formlose Verträge waren aber nicht wirkungslos, wenn man Zeugen für sie hatte.[5] Nach und nach gewann dies auf das römische Recht erheblichen Einfluß.[6]

Es drang frühe die Anschauung in Rom ein, daß bei gewissen Geschäften Treue und Glauben — die fides — die Erfüllung auch des formlos gegebenen Wortes vom ehrbaren Bürger fordere. Freilich gab dem ursprünglich nur die Rücksicht auf den Kredit und auf die öffentliche Meinung Nachdruck; theilweise trat die Drohung der Infamie hinzu. Schließlich wurden aber Klagen aufgestellt, welche die Erfüllung jener Geschäfte erzwangen, wenn sie auch formlos eingegangen waren.[7]

Wohl blieb die Stipulation die Regel für die Eingehung von Verpflichtungen, aber diese Regel wurde mehr und mehr durch sehr weitgehende Ausnahmen durchbrochen.

In der Kaiserzeit unterschied man demzufolge 4 Kategorien, nämlich Real-, Verbal-, Litteral- und Konsensualkontrakte.[8]

---

3) Vgl. l. 1 pr. ff. D. de verb. obl. 45, 1. Ueber die Entstehungsgeschichte der Stipulationen siehe Danz, der sakrale Schutz 1857, Kuntze, Exkurse zu den Institutionen S. 157.

4) Cicero Topica cap. 25, 26.

5) Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht 1891 S. 459, 514.

6) Dies ist Hypothese. Sie findet einen freilich unsicheren Anhalt in der traditionellen Aeußerung der römischen Juristen, daß „ex jure gentium omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles“ § 2 in fine I. de jure naturali 1, 2. Zahlreiche Analogien dienen zur weiteren Unterstützung, unter anderem das Einbringen der „formlosen Hypothek“ aus dem griechischen Rechte.

7) l. 11 § 1 D. de a. e. v. 19, 1. — Pernice, Labeo Bd. 1 S. 408 ff. hat nachgewiesen, daß die „fides“ entscheidenden Einfluß auf die Entwickelung der Klagbarkeit von formlosen Verträgen, namentlich von Mandat und Societät hatte. Doch liegt hierin nach unserer Auffassung nur ein Uebergangsmoment. Als sich im Leben das Bedürfniß geltend machte, daß gewisse formlose Verträge fest gehalten würden, bildete sich zunächst die Anschauung, daß die „fides“ ihre treue Erfüllung verlange, und nachdem diese Ueberzeugung eingewurzelt war, gab man gegen den, welcher ihr untreu wurde, eine Klage.

8) Gajus Inst. III § 89.

1. Realkontrakte sind Darlehen, Kommodat, Depositum und Pfandkontrakt.

Die Realkontrakte sind zusammengesetzte Geschäfte.[9] Der eine Theil giebt eine Sache zu Eigenthum oder zum Besitz, oder wenigstens zur Detention und der andere Theil verbindet sich zur Rückgabe.

2. Verbalkontrakte waren vorzugsweise die Stipulationen.

Doch nahmen in der Kaiserzeit die Stipulationsurkunden praktisch fast den Charakter von Litteralkontrakten an. Denn es genügte, daß in ihnen das Versprechen des Promittenten schriftlich anerkannt war. Der Gegenbeweis, daß der mündliche Akt unterblieben sei, wurde unzulässig; nur den Beweis ließ man zu, daß an dem Tage der Ausstellung der Urkunde, einer der Betheiligten nicht am Orte war, von dem aus sie datirte.[10]

3. Nach altrömischem Rechte wurden Litteralkontrakte durch Eintragungen in das Hausbuch des Gläubigers — den codex accepti und expensi — unter Einwilligung des Schuldners abgeschlossen. Dies ist im justinianischen Rechte antiquirt. Was hier Litteralkontrakt genannt wird, ist eine zweideutige Rechtsbildung.[11]

4. Klagbar waren endlich als Konsensualkontrakte in Folge bloßer formloser Willensübereinstimmung 4 Verträge mit typischem, genau bestimmtem Inhalt: nämlich Kauf, Miethe, Mandat und Gesellschaft.

Dazu kamen gewisse Geschäfte, denen der Prätor[12] sowie spätere Kaiser[13] Klagbarkeit verliehen hatten — s. g. pacta praetoria und legitima.

Der Kreis der klagbaren gegenseitigen Konsensualkontrakte war ein festgeschlossener. Formlose gegenseitige Geschäfte, welche nicht unter die Typen von Kauf, Miethe, Mandat oder Gesellschaft fielen — namenlose, Innominatkontrakte —, waren daher nicht klagbar.

Aber hier trat ein neues bedeutsames Moment hervor — die Erfüllung. Wer aus derartigen Geschäften seinerseits geleistet hatte,

---

9) Vgl. namentlich Brinz Bd. 2 § 228.

10) Paulus sent. V 7 § 2, l. 134 D. de verb. o. 45, 1, l. 1 C. De contr. stip. 8, 37, dann l. 14 C. eod. — Gneist a. a. O. S. 253, Mitteis, Reichsrecht S. 459.

11) Siehe hierüber unten § 87 Anm. 9.

12) Hauptfall war das constitutum. Vgl. unten § 69.

13) Es gehörte hierher namentlich das Schenkungsversprechen l. 35 § 5 a. ff. C. de donationibus 8, 54.

dem stand seit Alters, falls die erwartete Gegenleistung ausblieb, die condictio sine causa behufs Rückforderung des Geleisteten offen. Seit der Kaiserzeit gewährte man ihm auch einen Anspruch auf die versprochene Gegenleistung.

Den Anstoß gab der Trödelvertrag. Dies ist ein Geschäft, bei welchem dem Trödler eine Sache zum Verhandeln unter der Abrede übergeben wird, daß er entweder die Sache oder einen vereinbarten Schätzungspreis zurückgebe.[14] Ein derartiger Vertrag ist weder Kauf, noch Miethe, noch auch Mandat. Daher verstand sich der Prätor dazu, für denselben eine eigene Klage „ex fide bona" aufzustellen, die aestimatoria praescriptis verbis, mittels deren der Geber die Sache oder den Preis vom Trödler einfordern konnte.[15]

Analog dieser Klage gewährte der Prätor später auf Grund der Autorität großer Juristen, insbesondere des Labeo, auch aus anderen unbenannten, gegenseitigen Verträgen demjenigen, welcher seinerseits erfüllt hatte, eine Klage „praescriptis verbis" auf die versprochene Gegenleistung.

Dies beruhte freilich weder auf Gesetz, noch auf Edikt, sondern nur auf mehr oder weniger bestrittener Juristenmeinung und prätorischer Praxis. Um so eher begreiflich ist, daß man dem erfüllenden Theil außer dem neuen Weg die ihm seit Alters zustehende condictio sine causa auf Rückerstattung des von ihm Geleisteten ließ. Ihm blieb also ein Reuerecht, d. h. die Befugniß zum Rücktritt vom Geschäfte, bis er die Gegenleistung annahm.[16]

---

14) Vgl. unten § 120.

15) Karlowa Rechtsgeschäft S. 254 hat zuerst bemerkt, daß die actio aestimatoria der Ausgangspunkt für die Innominatkontrakte gewesen sei und daß eine allgemeine, für alle bezüglichen Fälle bestimmte actio praescriptis verbis nicht im prätorischen Edikte proponirt war. Lenel edictum S. 237 hat dies zu völliger Ueberzeugung ausgeführt. Vgl. l. 1 pr. D. de aestimatoria 19, 3, l. 1 § 1 D. de rerum permutatione 19, 4, l. 2 D. praescriptis verbis 19, 5. Siehe übrigens über den Ausdruck „actio" praescriptis verbis Grabenwitz Interpolationen S. 123, Lenel, Ztschrft. d. Savignystift. rom. Abth. Bd. 9 S. 191.

16) Ohne Zweifel stand dem Geber eine condictio sine causa — also ein Rücktrittsrecht — offen, wenn der Empfänger mit der Gegenleistung in Verzug war l. 1 § 4 D. de rer. permut. 19, 4. Hatte aber der Geber auch ein Reuerecht und eine s. g. condictio ex poenitentia, ehe der andere Theil in Verzug mit der Gegenleistung war, insbesondere, wenn die für die Gegenleistung vereinbarte Zeit noch nicht abgelaufen war? Das war jedenfalls im justinianischen Rechte der Fall l. 3 §§ 1 und 2, l. 5 pr. § 1 D. de cond. causa data 12, 4. Daß aber diese Stellen interpolirt seien, führt Grabenwitz, Interpolationen S. 146 aus.

§ 8. Verbindungskraft formloſer Schuldverträge nach gemeinem Rechte.[1]

Das römiſche Kontraktenſyſtem war zur Reception in Deutſchland nicht geeignet. Es fehlten ihm innere Harmonie und gerechte Konſequenz. Denn das Princip der Nothwendigkeit der Form war zwar in ihm nicht verdrängt, aber durch Ausnahmen, die zum großen Theile auf hiſtoriſchen Zufälligkeiten beruhten, willkürlich durchbrochen. Zudem fand die Form der Stipulation keine Anknüpfungspunkte im modernen Leben.

Gleichwohl behaupteten noch die Civiliſten des Mittelalters die Klagloſigkeit der pacta nuda. Aber die Kanoniſten entſchieden ſich für den Zwang zu deren Erfüllung.[2] Daraufhin ſtellte ſich die Klagbarkeit formloſer obligatoriſcher Verträge in der Theorie des gemeinen Rechtes feſt und wurde zu unbeſtrittenem Gewohnheitsrechte.[3][4]

Hiernach ſind auch die römiſchen Innominatkontrakte ſofort mit dem Abſchluſſe beiderſeitig klagbar. Es bedarf alſo nicht mehr der Erfüllung, um ein Klagerecht auf die Gegenleiſtung zu erlangen. Eine Konſequenz war, daß das Reuerecht deſſen wegfiel, der leiſtete, ohne daß ihm die Gegenleiſtung geſchah; denn er hat ſeine Schuld erfüllt, iſt daher nur noch zur Einklagung der verſprochenen Gegenleiſtung befugt.[5]

Es mußte ſich die Frage erheben, ob die römiſchen Realkontrakte noch dieſen Charakter haben, oder ob ſie aufgegangen ſind in der großen Maſſe der Konſenſualkontrakte? Iſt alſo das einfache Darlehen noch heute Realkontrakt, ſo daß die Leiſtung der Valuta durch den Darlehensgeber aufzufaſſen iſt als „obligandi causa“ geſchehen?

---

1) Lothar Seuffert, Geſchichte der obligatoriſchen Verträge, Stintzing, Recenſion dieſes Werkes in der kritiſchen Vierteljahrsſchrift Bd. 23 S. 489.

2) Vgl. die bei Seuffert a. a. O. citirten S. 45.

3) Das ältere deutſche Recht forderte für die Geltung der Verträge gleichfalls Formen. Vgl. Stobbe P. R. Bd. 3 § 61 und dort citirte. Aber ſchon im ſpäteren Mittelalter machte ſich vielfach der Satz geltend, daß man auch das formlos gegebene Wort halten müſſe.

4) Die Formloſigkeit der obligatoriſchen Verträge iſt nicht ohne Bedenken. Sie führt die Gefahr mit ſich, daß aus Aeußerungen, die unüberlegt hingeworfen wurden, Klagen erhoben werden, nicht minder, daß über Inhalt und Tragweite der formloſen Verträge weitläufige und ſchwierige Prozeſſe entſtehen. Dann kommt es zu ſchwankenden Zeugenausſagen und zum Schiedseid, — beides nicht allzu erwünſchte Mittel des Prozeſſes. Will man ſich um deswillen für eine Form entſcheiden, ſo bleibt nach den heutigen Verhältniſſen nur die Schrift. Jedenfalls müßte ſie aber durch Erfüllung, ſelbſt von einer Seite, erſetzt werden. Denn Geben und Nehmen der Leiſtung zeigt genugſam die Ernſtlichkeit der Abrede und begründet zudem einen Zuſtand, der nicht mehr ignorirt werden kann. Vgl. noch oben Bd. 1 § 97.

5) Dieſe Konſequenzen fanden nur allmählich und nicht ohne Widerſtreben Anerkennung. Schriftſteller unſeres Jahrhunderts, welche die römiſche Theorie der Innominatkontrakte als praktiſch vertheidigen, zählt Seuffert a. a. O. S. 144 auf.

Oder ist es Konsensualkontrakt geworden, so daß die Hingabe der Valuta als solvendi causa zu erachten ist, d. h. als Tilgung der vom Darlehensgeber mittels des Darlehenskontraktes seinerseits übernommenen Verbindlichkeit?[6] Das erstere ist das richtige. Es entspricht der Auffassung des Verkehrs und des Lebens, daß sich Verbindlichkeiten wegen Darlehen, Depositum, Kommodat erst an die Empfangnahme knüpfen. Hiernach bilden solche Geschäfte immer noch eine besondere Gruppe. Sie sind freilich in anderem Sinn Realkontrakte als in Rom, denn die Hingabe bildet nicht mehr, wie in Rom, eine positive und zwingende *Bedingung der Klagbarkeit*, sondern ein nach der Verkehrsauffassung als Parteiwille zu unterstellendes *Merkmal der Vertragsperfektion*.

Obgleich Stipulationen nicht mehr geschlossen werden, spricht man auch heutzutage noch von „Stipulanten" und „Promittenten". Stipulant ist, wer einen Vertrag irgend welcher Art abschließt, um Gläubiger, Promittent, wer ihn abschließt, um Schuldner zu werden.

Zweites Kapitel.

Der Abschluß obligatorischer Geschäfte.

§ 9. Schuldverträge und einseitige Versprechen.

Die Obligationen werden regelrecht durch *Verträge* begründet, indem der Gläubiger ein Schuldversprechen des Schuldners annimmt.[1] Ob hierbei der Gläubiger das Versprechen herausfordert, wie dies bei der römischen Stipulation geschah, oder ob der Schuldner den Vorschlag macht, in welchen der Gläubiger seinerseits willigt, ist rechtlich ohne Bedeutung.

Die Römer denken sich einen Vertrag nur zwischen einem *be-*

6) Die Frage ist sehr bestritten. Vgl. Demelius, Realkontrakt im heutigen Rechte in Iherings Jahrbüchern Bd. 3 n. 5, Unger, ebendaselbst Bd. 8 n. 1, Schey, Oblig. Verh. S. 36.

1) Das Versprechen erscheint deutscher Rechtsauffassung als der Hauptbestandtheil des Vertrages, die Annahme desselben — ein Ausdruck, der ursprünglich eine körperliche Handlung, nämlich die Ergreifung eines vom Schuldner dargebotenen *Wahrzeichens* des Vertrages, bedeutete — als etwas Accessorisches. Vgl. Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 7 ff.; aber auch F. Hofmann, die Entstehungsgründe der Obligation S. 64 ff. Nicht richtig ist die Behauptung Siegels S. 49, daß nach deutschem Recht *allgemein* der *einseitige* Wille, sich zum Schuldner zu machen, eine Verpflichtung desselben begründe und daß dessen Annahme durch den Gläubiger nur erforderlich sei, wenn der Schuldner sich nur für diesen Fall verpflichten wollte.

stimmten Gläubiger und einem bestimmten Schuldner als möglich.[2] Heutzutage aber kommen nach deutscher Rechtsauffassung[3] auch Verträge mit unbestimmten Gläubigern — die dem Schuldner gegenüber anonym bleiben — zu Stande, indem ein Dritter statt des Gläubigers acceptirt.[4]

In gewissen Fällen entstehen Obligationen durch einseitiges Versprechen des Schuldners.[5] Obgleich dann eine Annahme zum Zustandekommen der Obligation nicht gefordert wird, so unterliegt es natürlich doch dem Ermessen des Gläubigers, ob er von der ihm erwachsenen Befugniß Gebrauch machen will.

Schon das römische Recht kennt derartige Fälle. Ihnen ist gemeinsam, daß es sich um Zusagen handelt, die außerhalb des Geschäftsverkehrs stehen. Man verschmähte hier die gewöhnlichen Formen.

Hauptfall ist das einseitige Versprechen einer Gabe — pollicitatio[6] — an eine Stadtgemeinde[7] wegen einer erwiesenen Ehre oder aus anderen rechtfertigenden Gründen.

---

2) Die meisten Romanisten verwerfen Verträge mit unbestimmten Gläubigern nach römischem Rechte, vgl. namentlich l. 10 und l. 21 D. de stip. servorum 45, 3. Siehe die bei Sohm in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 17 S. 56 Anm. 84 Citirten. Sohm selbst ist abweichender Ansicht.

3) Vgl. über das ältere deutsche Recht Gareis in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 21 S. 349 ff., Brunner, ebendaselbst Bd. 22 S. 85.

4) Speciell anerkannte Geschäfte mit unbestimmten Personen bilden die Seeversicherungen „für fremde Rechnung", wenn der Kommissionär oder Spediteur oder ein sonstiger Vertreter für einen nicht genannten Dritten Waaren desselben versichert; desgleichen die Seeversicherungen für Rechnung dessen, „den es angeht", bei welchen offen gelassen wird, ob der Versicherungsnehmer für sich oder für einen Dritten versichert. Doch auf diese besonderen Fälle ist die Möglichkeit von Verträgen mit unbestimmten Personen nicht einzuschränken. Daher erkennt R. G. Bd. 11 S. 249 die Rechtsgültigkeit eines Schuldscheines an, laut dessen sich der Aussteller dem künftigen Gläubiger einer auf das Grundstück eines Dritten einzutragenden Hypothek verbürgt.

5) Verpflichtungen aus einseitigen Versprechen sind im Allgemeinen wie die aus Verträgen zu behandeln.

6) Der Ausdruck „pollicitatio" ist vieldeutig und bezeichnet nicht selten einen „formlosen Vertrag". Vgl. Schloßmann, Vertrag S. 153. Daß er aber — was Schloßmann leugnet — auch ein bloß einseitiges Versprechen bezeichnen kann und gerade in der Lehre der Versprechen an Stadtgemeinden diese Bedeutung hat, dies geht unzweideutig aus l. 3 pr. D. de pollicatationibus 50, 12 hervor. Ulpianus libro 4 disputationum: Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum et ideo illud est constitutum, ut, si ob honorem pollicitatio fuerit facta, quasi debitum exigatur. sed et coeptum opus, licet non ob honorem promissum, perficere promissor eo cogetur, et est constitutum. Vgl. Karlowa, Rechtsgeschäft S. 273.

7) Nach R.G. Bd. 15 S. 213 gilt dasselbe für Zusage zum Vortheil des Staates. Die Pollicitationen stehen unter einem Sonderrechte. Namentlich kann sich der verarmte Schenker mit dem fünften Theile seines Vermögens von der Vollendung des Werkes frei machen. Reicht ferner die Erbschaft des Pollicitanten für das Werk nicht aus, so sind seine Erben befugt, wenn sie seine Descendenten sind, sich mit dem zehnten, wenn sie dies nicht sind, mit dem fünften Theile der

Auch das Votum gehört hierher, d. h. das einseitige Versprechen einer Zuwendung zu Gunsten eines frommen Zweckes. [8]

In viel weiterem Maße verwerthet das gemeine Recht die Verbindungskraft einseitiger Versprechen. Es läßt sie in allen Fällen zu, in welchen diese Weise der Verpflichtung allgemeinen Verkehrsinteressen nützlich ist. Die Hauptfälle sind folgende:

1. Die Auslobung, d. h. die einseitige öffentlich bekannt gemachte Zusage einer Belohnung für eine nützliche Leistung, ist rechtsverbindlich. [9] Widerruf oder Modifikation der Auslobung steht daher dem Auslobenden nach der Verkündung nur frei, wenn er sich dies vorbehielt. Die Interpretation seiner Auslobung ist ihm aber im Zweifel zuzugestehen.

Wer die Leistung vollzieht, erwirbt sich und seinem Erben den Anspruch auf den ausgelobten Preis, auch wenn dieselbe nicht mit Rücksicht auf die Auslobung und selbst wenn sie ohne Kenntniß derselben geschah. [10] [11]

Erbschaft loszukaufen. In mehreren Einzelheiten sind übrigens die Aeußerungen der römischen Juristen nicht übereinstimmend. Vgl. l. 6 pr., l. 9, l. 11, l. 14, l. 15, D. h. t. 50, 12, siehe ferner Windscheid Bd. 2 § 304 Anm. 7 und 8.

8) l. 2 D. de pollicitationibus 50, 12, cap. 18 X. de censibus 3, 39.

9) Gewohnheitsrecht hat die Auslobungen für nützliche Zwecke zu rechtsverbindlichen gemacht. Jede Auslobung, die ernstlich ist, für rechtsverbindlich zu erklären, ist unzweckmäßige Uebertreibung. Es verspricht z. B. Jemand öffentlich im Wirthshaus dem 100 Mark, welcher sein Glas am schnellsten leert. Soll das weil es „ernstlich" versprochen ist, klagbar sein?

10) Den Römern waren Auslobungen sehr wohl bekannt. Ein originelles Beispiel giebt das Sklavenhalsband: fugi, tene me, quum revocaveris me domino meo Zosino accipis solidum. Bruns, fontes ed. 5. p. 274. Aber es entstand hieraus nur eine Anstandspflicht, keine klagbare Obligation. — Heutzutage ist es ziemlich allgemein anerkannt, daß aus der Auslobung klagbare Verpflichtungen entspringen. Doch behaupten viele, z. B. Windscheid Bd. 2 § 308 Anm. 3, daß in der Auslobung nur eine Offerte an eine unbestimmte Person liege, die der Annahme bedürfe. Wie diese Annahme zu geschehen habe, darüber streitet man. Einige sehen sie, „um unnöthige Verletzung des Rechtsgefühls" zu vermeiden, schon in der Ausführung der Leistung. Soll dies aber auch angenommen werden, wenn der Handelnde von der Auslobung nichts wußte und, ehe er von ihr erfuhr, verstarb? Es war z. B. dem ersten Eroberer einer feindlichen Fahne im Feldzuge eine Prämie zugesagt! Windscheid a. a. O. § 308 Anm. 7 leugnet ferner die Verpflichtung aus der Auslobung, wenn sie zurückgenommen werde, selbst nachdem die vorgeschriebene Thätigkeit begonnen, aber noch nicht vollendet ist. Es fehle noch die Annahme. Habe jedoch Jemand bereits eine Aufopferung gemacht, so müsse sie der Auslobende wegen „culpa in contrahendo" ersetzen. Ist dem, welcher mit dem Studium einer gestellten Preisfrage begonnen hat, nichts zu leisten? und wie, wenn mehrere derartige Aufopferungen und Studien machten? Dann käme der Zurücktretende leicht aus dem Regen in die Traufe. Gesunde Resultate erhalten wir nur, wenn wir den Auslobenden mit der Auslobung als gebunden ansehen. Die Zulassung des ausdrücklichen Vorbehaltes des Rücktrittes steht damit nicht im Widerspruche. Hierin würde eine Resolutivbedingung zu sehen sein. Solcher Vorbehalt kommt übrigens nicht oft vor, da er den Effekt der Auslobung hindern würde. Ueber die Auslobung vgl. Siegel a. a. O. S. 91, Hoffmann a. a. O. S. 38, Hasenöhrl, österr. Obl.Recht Bd. 2 § 57 und dort Citirte.

2. Inhaber- und Ordrepapiere werden richtiger Ansicht nach mit ihrer Ausstellung perfekt, so daß Gläubiger aus ihnen wird, wer immer die Urkunde gutgläubig erwirbt, sofern ihn die Skriptur äußerlich als Gläubiger legitimirt.[12]

3. Richtiger Ansicht nach sind auch bindende Offerten gemeinrechtlich möglich geworden, d. h. Anerbieten zu einem Vertrage, bei denen man sich des Rechtes zum Rücktritt für den Fall begiebt, daß der Adressat die Offerte innerhalb der durch sie vorgesehenen Zeit annimmt.[13]

§ 10. Vertragsverhandlungen. Vorverträge.[1] Culpa in contrahendo.

1. Behufs des Vertragsschlusses werden oft langwierige Verhandlungen geführt, durch welche die entgegenstehenden Prätentionen der Parteien zum Ausgleiche gebracht werden sollen. Nicht selten geht dieser nur schrittweise und Punkt für Punkt vor sich. Ein Vertrag ist aber erst zu Stande gekommen, wenn Einigkeit über alle nach dem Begriffe des bezüglichen Geschäftes und nach der Partei-Intention wesentlichen Momente erzielt ist.

Selbst wenn die Parteien den materiellen Inhalt des Geschäftes vollständig festgestellt haben, ist Alles noch offen, falls sie das Geschäft von der Genehmigung eines Dritten oder einer bestimmten Form des

---

11) Nicht selten bewirkt die Thätigkeit Mehrerer den Erfolg z. B. die Entdeckung eines Verbrechers. Hier entspricht es der Absicht bei der Auslobung und der Uebung, daß der Preis nach Verhältniß des Antheils am Erfolg getheilt werde. Wie aber, wenn Mehrere die Leistung selbständig vollständig vollbrachten? In der Regel wird dann, wer zuerst leistete, unter Umständen wer das Beste leistete, den Preis nach der Absicht bei der Auslobung zu beanspruchen haben.

12) Die Frage, ob das Inhaber- und Ordrepapier auf Vertrag oder einseitiger „Kreation" beruht, ist eine sehr bestrittene. Sie wird namentlich praktisch, wenn die Papiere dem Aussteller vor der Ausgabe gestohlen wurden und später in die Hände gutgläubiger Erwerber kommen. Wird dann der Erwerber Gläubiger? Die Vertragstheorie muß dies leugnen, denn es liegt in diesem Falle auch nicht der Schein eines Vertrages vor, die Kreationstheorie muß es bejahen. Für das Gläubigerrecht des Erwerbers R.O.H.G. Bd. 17 S. 150. Uebrigens kann diese Frage hier nur gestreift werden. Vgl. die Litteratur in meinem preuß. P.R. Bd. 2 § 12.

13) Auch dies ist keineswegs anerkannt. Bei Handelsgeschäften aber ist sogar Regel, daß die Offerte für den Offerenten, bis Antwort einlaufen kann, bindend ist. Was hier Regel ist, wird man bei Nichthandelsgeschäften nicht für unmöglich erklären dürfen. Man würde sich hierdurch auch in Widerspruch mit allgemeinen rechtlichen Ueberzeugungen setzen. So auch Bekker, Pand. Bd. 2 S. 89. Vgl. auch unter § 11 Anm. 12.

1) Vgl. Regelsberger, civilrechtliche Erörterungen I 1868, Degenkolb, der Begriff der Vorverträge 1871, mit Ergänzungen im Archiv f. civ. Praxis Bd. 71 Nr. 1.

Abschlusses, z. B. schriftlicher oder notarieller Beurkundung, abhängig gemacht haben.

Welche Tragweite hat es aber, wenn vor dem Abschlusse schriftliche Form verabredet ist? Hat dies den Sinn einer Vertragsbedingung? oder bloß der Sicherung des Vertrages, damit das mündlich fest Vereinbarte nachträglich dauernd fixirt werde? Justinian will im Falle der Abrede einer Beurkundung eine Vertragsbedingung angenommen haben.[2] Die Praxis hat sich dem aber nicht gefügt. Nach gemeinem Recht ist vielmehr die Parteiabsicht vom Richter frei zu erforschen, um hiernach die Bedeutung der Abrede zu bestimmen.[3 4]

2. Dem Vertrage, wie ihn die Parteien schließlich bezwecken, können Verträge vorausgehen, welche diese bereits binden, aber nach ihrer Meinung durch weitere Verträge auszuführen und zu vervollständigen sind — Vorverträge.

a) Hierher können Punktationen gehören. Punktation ist eine bei der Vertragsverhandlung gemachte Aufzeichnung der Parteien über die Punkte, über welche sie sich verständigt haben. Sie kann verschiedene Bedeutung haben.[5] Bald dient die Punktation bloß pro memoria

---

2) l. 17 C. de fide instrumentorum 4, 21, vgl. pr. J. de empt. vend. 3, 23. Hinsichtlich der hier eingeführten Formen der Urkunde siehe Brunner, Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde 1880, insbesondere S. 63 ff. Ueber die Auslegung der l. 17 C. de fide instrumentorum l. c. herrscht Streit. Setzer, Abhandlungen aus dem Civilrecht I, über die Verabredung der Schrift 1860, findet in der Verordnung nur Vorschriften über die Abfassung bezüglicher Urkunden. Regelsberger a. a. O. S. 14 thut dagegen dar, daß Justinian die Vereinbarung über die Schriftlichkeit als eine Bedingung und zwar ohne Zulassung des Beweises einer anderen Willensmeinung aufgefaßt wissen wollte.

3) Dies ist Usualinterpretation der l. 17 C. de fide instrumentorum — vgl. Regelsberger a. a. O. S. 154, Bekker 2 S. 83 —, die auch das R.G. Bd. 4 S. 199 theilt. Im Zweifel nimmt Bedingung an Arndts § 232 bei Anm. 8 und im Grunde auch Windscheid Bd. 2 § 312 Anm. 12.

4) Wird nach Abschluß eines mündlichen Vertrages über dessen Inhalt eine von den Vertragschließenden vollzogene Urkunde aufgesetzt, so bildet sie keineswegs eine bloße Beweisurkunde über den mündlichen Vertrag, sondern eine neue schriftliche Vereinbarung — Vertragsreproduktion. Vgl. Degenkolb im Archiv für civ. Praxis Bd. 71 Nr. 5. Zur Entkräftung der Schrift genügt daher nicht der Nachweis, daß ihr Inhalt von dem des vorhergehenden mündlichen Vertrags abweicht. Nothwendig ist vielmehr, daß erhellt, die Aenderung oder Auslassung in der Urkunde beruhe auf Irrthum oder Simulation oder andern Willensmängeln.

5) Degenkolb, a. a. O., wünscht, daß die Punktation als eine Mißfigur aus den Darstellungen unserer Lehrbücher verschwinde, da sie ganz verschiedene Dinge umfasse und als Rechtsbegriff gar nichts bedeute. Es gebe überall nur einen wahren Gegensatz: den Vertrag und die Vorverhandlung. Alle s. g. Mittelfiguren seien nicht reell, weil sie unmögliche Begriffe seien. — Dies ist abstrakt genommen vollkommen richtig. Aber die Punktation ist eine thatsächliche Erscheinung, welche im Leben eine Rolle spielt. Wir können sie daher nicht ignoriren, sondern müssen ihren rechtlichen Gehalt bestimmen, wobei wir allerdigs zu dem Resultate kommen, daß sie bald Vertrag, bald rechtlich unverbindlich ist.

zur Vorbereitung des künftigen Vertrages, ist also ohne bindende Kraft, bald bildet sie einen wahren Vertrag. Das letztere setzt voraus, daß sie alle dem Vertrage begrifflich wesentlichen Punkte enthält und daß sich die Parteien an das Aufgezeichnete *fest binden wollen*, trotzdem sie noch eine Fortsetzung der Verhandlungen in Aussicht nehmen.[6] — Wie aber, wenn es zu der beabsichtigten weiteren Einigung nicht kommt? Dann hat der Richter in Streitfällen die Konsequenzen des in der Punktation Festgestellten zu ziehen und außerdem die s. g. naturalia negotii als maßgebend zu erachten.

b) Vorverträge anderer Art bilden die *pacta de contrahendo*,[7] d. h. Verträge, wodurch man sich dem anderen Theile zum Abschlusse eines Vertrages bestimmter Art — des s. g. Hauptvertrages — verbindet. Dergleichen pacta können auch gegenseitig geschlossen werden, z. B. über Geben und über Nehmen eines Darlehens.

Pacta de contrahendo sind besonders häufig zur Vorbereitung von Realkontrakten, z. B. Darlehen, oder von Skripturobligationen, z. B. Wechseln. Aber auch Verträge über den künftigen Abschluß von Konsensualkontrakten sind nicht selten, namentlich wenn es sich um eine Mehrheit künftiger Geschäfte handelt, deren Individualisirung noch nicht thunlich ist, z. B. ein Fabrikant verpflichtet sich, einem Kaufmann seine sämmtlichen Fabrikerzeugnisse im Falle rechtzeitiger Bestellung gegen den Marktpreis für eine Reihe von Jahren zu überlassen.

Das pactum ist natürlich nur dann bindend, wenn aus ihm der Inhalt des abzuschließenden Geschäftes im Streitfalle richterlich bestimmt werden kann.

Aus dem pactum de contrahendo entspringt eine Klage auf Abschluß des Hauptgeschäftes. Aber der Berechtigte kann im Fall der Säumniß des andern Theiles auch unmittelbar sein Interesse einklagen, da ein vom Gerichte festgestellter Vertrag nicht einem freiwillig geschlossenen gleichzustellen ist, vielmehr leicht neuen Streitigkeiten die Thüre öffnet.[8]

---

6) Ob dies der Fall, ist thatsächliche Frage.

7) Gründlich handelt vom pactum de contrahendo Degenkolb a. a. O. Vgl. ferner Regelsberger a. a. O. S. 129. Den Ausdruck Vorvertrag auf das pactum de contrahendo zu beschränken, ist ungeeignet, weil er das Charakteristische dieses Vertrages nicht bezeichnet. Der Richter, welcher einen Thatbestand prüft und rechtlich zu bestimmen hat, würde nichts Greifbares feststellen, wenn er die Existenz „eines Vorvertrages" anerkennen würde.

8) In Rom verlangte das pactum de contrahendo in der Regel die Form der Stipulation. Die Verurtheilung ging auf das Interesse l. 68 D. de verb. obl. 45, 1 Paulus libro 2 ad edictum: . . . quod si ita stipulatus fuero: „pecuniam te mihi crediturum spondes?" incerta est stipulatio, quia id venit in

Ob endlich Vorschriften über die Form des Hauptvertrages auch für die bezüglichen Vorverträge gelten, ist jeweilen nach Inhalt und Zweck dieser Vorschriften zu beurtheilen, also Sache ihrer Interpretation.[9]

3. Durch Verschulden bei Vertragsunterhandlungen — culpa in contrahendo — kann man den beschädigen, welcher sich auf dieselben mit uns einließ. Nicht nach römischem, wohl aber nach heutigem gemeinen Rechte macht solche culpa verantwortlich. Insbesondere haftet, wer schuldhafterweise Angaben machte, welche bei dem anderen Theile die irrthümliche Vorstellung erwecken mußten, daß er einen rechtsbeständigen Vertrag abschließe.[10] Es ist ihm dann mindestens zu ersetzen, was er gehabt hätte, wenn von dem Vertrage keine Rede gewesen wäre — das s. g. negative Vertragsinteresse.[11]

---

stipulationem quod mea interest. Die Verurtheilung in das Interesse ist derzeit nicht, wie nach römischem Rechte, die allein zu erlangende, aber doch in der Regel in den bezüglichen Verhältnissen das Praktische und Angemessene, daher dem Kläger auf Antrag nicht zu versagen.

9) Die Verpflichtung zum Abschlusse von Geschäften kann auch durch letztwillige Verfügungen aufgelegt sein. Sie besteht ferner nicht selten nach Gesetzen. Beispielsweise sind die öffentlichen Eisenbahnen zur Eingehung von Frachtgeschäften und es ist die Post zur Uebernahme von Postsendungen und zur Beförderung von Reisenden gesetzlich verpflichtet. Es ist dies auf alle Anstalten entsprechend anzuwenden, welche ihre Dienste dem Publikum öffentlich anbieten und zu diesem Behufe konzessionirt sind. Vgl. Reuling in Goldschmidts Zeitschrift Bd 16 S. 672.

10) Die Haftung wegen culpa in contrahendo hat zuerst Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 n. 1 wissenschaftlich zu begründen gesucht. Gegen ihn trat namentlich Mommsen auf, die Haftung der Kontrahenten bei Abschließung von Schuldverträgen — Erörterungen Heft 2. Man kann zugestehen, daß eine derartige Haftung dem römischen Rechte fremd ist und daß sich höchstens gewisse Anklänge beim Verkaufe einer nicht existirenden Erbschaft l. 18 und 19 D. de her. vel. act. vend. 18, 4, sowie einer res extra commercium finden, l. 62 § 1 D. de contrahenda empt. 18, l. Aber die ältere gemeinrechtliche Theorie hat eine Haftung nach Analogie der lex Aquilia auch bei schuldhafter Schadenszufügung, die nicht Sachbeschädigung ist, angenommen. Hiervon ist freilich die neuere Lehre als nicht quellenmäßig und zu vag zurückgekommen. Dagegen hat sich erhalten, daß man bei Rechtshandlungen, durch die man einen Anderen kulpos beschädigt, allerdings für Schadensersatz einsteht. So ist es bei Arresten, die man unvorsichtig ausbringt und durch die man den Arrestirten beschädigt, nicht anders richtiger Ansicht nach im Falle von Vertragsunterhandlungen. Die Klage ist aber eine außerkontraktliche, wenn ein Vertrag nicht zu Stande gekommen, und keineswegs eine Kontraktsklage, wie Ihering annimmt. Deshalb geht sie auch gegen denjenigen, welcher in fremdem Namen kontrahirte oder als Bote und Gehülfe des Mitkontrahenten falsche Mittheilungen über dessen Erklärungen machte, was Ihering nicht zugeben will. Keine culpa in contrahendo liegt übrigens vor, wenn man Vertragsunterhandlungen anspinnt und nachher willkürlich abbricht; denn dies ist das Recht eines Jeden, und der andere Theil mußte wissen, daß er derartiges zu befahren habe. So grundsätzlich auch Thon, Haftpflicht in den Festgaben für Leist 1891, dagegen Windscheid Bd. 2 § 307 Anm. 5, welcher die Haftung wegen angeblicher culpa in contrahendo sehr übertreibt.

11) Gegen die Anwendung des Begriffes des negativen Interesses erklärt sich Bähr, Irrungen im Kontrahiren, in Iherings Jahrb. Bd. 14, insbesondere S. 422,

Hierher gehört namentlich der Fall, daß sich Jemand als bevollmächtigt zu einem Vertragsschlusse für einen Dritten ausgab, ohne von diesem Vollmacht zu haben.[12]

§ 11. Vertragsschluß. Verträge unter Abwesenden.[1]

Verträge werden in der Regel[2] so geschlossen, daß ein Theil dem anderen einen *Antrag* — die *Offerte* — *macht und dieser sie annimmt*. Wer den Antrag stellt, heißt Antragsteller — Offerent — und wer ihn erhält, Antragsempfänger — Oblat.[3]

Die Verhandlung wird entweder unter Gegenwärtigen und dann meist mündlich geführt, oder sie geschieht unter Abwesenden und zwar

---

vgl. aber Mommsen a. a. O. S. 52. Enneccerus, Rechtsgesch. S. 501, Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15, S. 678.

12) Weiter geht H.G.B. Art. 55.

1) Die Litteratur über Verträge unter Abwesenden ist eine außerordentlich reiche: vgl. vorzüglich Scheurl, Beiträge Bd. 1 n. 12, sowie in Iherings Jahrb. Bd. 2 n. 5, Bekker in seinen Jahrbüchern Bd. 2 n. 11 und Bd. 3 n. 4, Regelsberger Erört. S. 1 ff., ferner Köppen, der obligatorische Vertrag unter Abwesenden in Iherings Jahrb. Bd. 11 n. 2, Sohm in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 17 n. 2: über Vertragsschluß u. A.: Schott, der obligatorische Vertrag u. A. 1873, Kühn, Vertragsschluß u. A. in Iherings Jahrbuch Bd. 16 n. 1, Marsson, die Natur der Vertragsofferte 1879, Gardeike, der Vertrag u. A. 1882, Oemler, der Vertrag u. A. 1885, Kohler im Archiv f. bürg. Recht Bd. 1 S. 283, Maas, der Vertragsschluß auf elektrischem Wege 1889. Siehe auch Siegel, das Versprechen als Verpflichtungsgrund, und Hoffmann, die Entstehungsgründe der Obligation, sowie Schloßmann, der Vertrag 1876, und in Grünhuts Zeitschr. Bd. 7 S. 565.

2) Der beiderseitige Wille kann simultan erklärt werden, ohne daß der eine Theil der Rolle des Offerenten, der andere die des Acceptanten hat. So unter Gegenwärtigen, wenn ein Reisender und ein Träger behufs Abnahme des Koffers zu einander treten, ohne daß erkennbar ist, wer die Initiative für das Transportgeschäft nahm. In entsprechender Weise kommt ein Vertrag unter Abwesenden zu Stande, wenn sich zwei gleichlautende Offerten kreuzen, vgl. Bekker a. a. O. Bd. 3 n. 4 Ziff. 1; anderer Ansicht ist Leonhard, Irrthum S. 71.

3) Mit Recht lehrt Regelsberger a. a. O. S. 4: „In Verträgen hat nur diejenige Willenserklärung verpflichtende Kraft, welche dem anderen Vertragstheile oder seinem Stellvertreter gegenüber abgegeben wird." Windscheid Bd. 2 § 309 Ziffer 3 dagegen behauptet, der Vertragswille könne gültig auch einem Dritten gegenüber erklärt werden, der weder der Mitkontrahent noch dessen Vertreter ist. Stehe es fest, daß eine solche Erklärung der Ausdruck eines wirklichen Wollens sei, so habe sie die gleiche juristische Bedeutung, wie wenn sie direkt an denjenigen, welcher dadurch zum Gläubiger oder Schuldner gemacht werden soll, gerichtet worden wäre. Windscheid giebt zu, daß sich aus den Quellen ein Beweis für diese Sätze nicht beibringen lasse. Er hätte hinzufügen können, daß sie der gemeinen Meinung und der juristischen Tradition widerstreiten. Er will sie auf die Natur der Sache gründen, indem er ausführt, „ein ausgesprochener Willensentschluß ist deswegen nicht weniger ein ausgesprochener Willensentschluß, weil er nicht demjenigen gegenüber ausgesprochen ist, für welchen dadurch Rechte und Verbindlichkeiten erzeugt werden sollen." Wer wollte die Wahrheit *dieses* Ausspruches verkennen! Damit wird aber nicht die Frage gelöst, ob zum Vertrage ein irgendwie ausgesprochener Willensentschluß genügt oder ob er *gegenseitig* ausgesprochen sein muß. Wenn zwei Personen

entweder schriftlich durch Brief oder Telegramm oder mündlich durch Boten oder Telephon.

Nicht Aufforderungen jeder Art zu einem Kontraktsschlusse bilden Offerten. Man kann auch zunächst bloß die Anbahnung von Verhandlungen bezwecken, wie dies bei öffentlichen Einladungen an das Publikum zu Geschäften oder auch bei Anzeigen an einzelne Personen der Fall ist, die nicht unmittelbar Vertragsbestandtheil sein sollen.[4] Offerte ist die Aufforderung zu einem Geschäfte nur dann, wenn sie dergestalt gefaßt und in der Meinung erklärt ist, daß dasselbe unmittelbar durch die Annahme seitens des Adressaten zu Stande kommen soll.[5] Jede Offerte ist zeitlich begrenzt. Ihr Sinn ist, auch wenn dies nicht besonders ausgesprochen ist, daß der Antragsteller gegenwärtig, d. h. innerhalb angemessener Frist zum Geschäftsschlusse bereit ist.

Die Offerte vollendet sich, wenn sie dem Adressaten zukommt. Sie verliert jede Bedeutung, wenn dem Adressaten vorher eine Zurücknahme seitens des Antragstellers, z. B. durch ein sie annullirendes Telegramm, mitgetheilt ist.

Die Annahme geschieht in der Regel wörtlich durch Mund oder Schrift. Man streitet, ob es zur Vollendung der Annahme und damit zum Zustandekommen des Vertrages genügt, daß eine solche Annahme geäußert sei — s. g. Aeußerungstheorie, oder ob zum Vertragsschlusse nothwendig ist, daß sie dem Antragsteller kundgethan ist — s. g. Vernehmungstheorie.

Das letztere entspricht den allgemeinen Grundsätzen. Der Mittheilung der Offerte muß die Mittheilung der Annahme korrespondiren.

Bei Geschäften unter Gegenwärtigen erkennen dies die Quellen an, indem sie die Wirksamkeit einer Stipulation verwerfen, bei welcher der Promittent auf die Frage eines Tauben bejahend antwortet.[6] Dies offenbar, weil die Zusage nicht zu dessen Verständniß gelangte.

---

einen übereinstimmenden Willen haben und ihn aussprechen, aber nicht einander gegenüber, so halten sie Monologe, aber schließen keinen Vertrag.

4) Vgl. H.G.B. Art. 337.

5) Die Offerte muß derart sein, daß durch die Annahme eine vollkommene Einigung herbeigeführt werden kann. Aber zu eng ist es, wenn man behauptet, sie müsse die Beschaffenheit haben, daß der Vertrag durch das einfache „Ja" des Oblaten zu Stande kommen könnte. Offerten bilden auch die Anträge, welche die nähere Festsetzung in das billige Ermessen des anderen Theiles stellen. Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 50.

6) l. 1 § 15 D. de obl. et act. 44, 7. Gajus libro 2 aureorum. Sed et de surdo idem dicitur, quia, etiamsi loqui possit, sive promittit, verba stipulantis exaudire debet, sive stipuletur debet exaudire verba promittentis.

Das Entsprechende muß bei Geschäften unter Abwesenden gelten. Unmöglich kann die bloße Niederschrift einer zusagenden Antwort Vertragsschluß sein. Sie ist Vorbereitung des Abschlusses, Projekt. Der Schreiber kann daher zweifelsohne das Geschriebene zerreißen, ohne die Rechte des anderen Theiles zu kränken.

Soll sich dies ändern, wenn der Brief kouvertirt ist? zur Post gegeben wird, im Postbriefkasten liegt, oder weiter befördert wird?[7] In der ganzen Skala der zur Uebermittelung dienenden Schritte findet sich kein fester Abschluß, solange der Brief nicht in die Hände des Adressaten gelangt ist. Bis dahin kann der Schreiber das Schriftstück zurücknehmen, oder widerrufen. Es ist in jedem Sinne sein.[8] Also ist auch der Antragsteller noch nicht gebunden. Ist freilich die Annahmeerklärung einmal *an den Offerenten gelangt*, so muß dies genügen. Darauf kann nichts ankommen, ob er wirklich Kenntniß von derselben genommen hat. Wer eine Offerte stellt, muß von einlaufenden Antworten Notiz nehmen. Das Recht, welches eine praktische Norm für die Praxis aufzustellen hat, nimmt an, daß dies geschah, auch wenn es unterblieb.[9]

Nicht selten wird die Offerte in dem Sinne gestellt, daß ihre sofortige Ausführung durch den Antragsempfänger Annahme sein soll. Dann kommt gemäß dem Willen des Offerenten das Geschäft durch die *Ausführung* zur Perfektion, ohne daß es einer Mittheilung seitens des Antragsempfängers oder der Kenntniß des Offerenten bedarf.[10]

---

7) Die Vertreter der Aeußerungstheorie differiren in ihren Ansichten. Thöl, Handelsrecht Bd. 1 6. Aufl. § 237 findet es genügend, daß das „Ja" geschrieben ist, Scheurl in Iherings Jahrb. Bd. 3 S. 258 sieht die Annahme als geschehen „durch den ersten Schritt der Uebermittelung an den Offerenten".

8) Windscheid Bd. 2 § 306 Anm. 5 und 6 versucht die Aeußerungs- und die Vernehmungstheorie auszugleichen. Der Antragsteller, führt er aus, sei gebunden, sowie der Empfänger des Antrages die Annahmeerklärung abgegeben habe, denn dieser habe sich des zur Uebermittelung seiner Annahmeerklärung an den Antragsteller gewählten Mittels „entäußert", diese sei an den Antragsteller gerichtet, um deswillen also fertig. Aber der Antragsempfänger sei noch nicht gebunden, solange die Erklärung seiner Annahme noch nicht an den Offerenten kam. Denn „die Erklärung, die ich Jemandem hingebe, ist, ehe sie an ihn gelangt, noch mein. Die Erklärung ist vollendet; aber die Hingabe ist noch nicht vollendet, und eben weil die Hingabe noch nicht vollendet ist, kann ich die Erklärung noch immer zurücknehmen". Dies ist doch schwer zu vereinigen. Denn wenn ich mich des Mittels der Annahmeerklärung „entäußert" habe, so kann diese nicht mehr „mein" sein. Auch leuchtet nicht ein, daß eine Erklärung, die an den Offerenten gerichtet, aber noch nicht an ihn gelangt ist, „vollendet" sein soll. Das Resultat endlich, welches Windscheid gewinnt, daß nämlich die Annahmeerklärung früher berechtigt als verpflichtet, kann als ein sachgemäßes nicht angesehen werden. Vgl. Regelsberger a. a. O. S. 40.

9) Man pflegt daher von einer „*Empfangstheorie*" zu reden, die jedoch nichts ist als die vernünftige praktische Ausbildung der Vernehmungtheorie.

10) Dies wird zwar von manchen Schriftstellern beanstandet, entspricht jedoch

So lange der Vertrag nicht durch die Perfektion der Annahmeerklärung geschlossen ist, darf zwar jeder Theil zurücktreten, aber es kann nicht genügen, daß der Rücktritt vorher beabsichtigt war, er muß auch dem anderen Theile vorher erkärt sein.[11]

Verzicht des Offerenten auf Rücknahme der Offerte für den Fall rechtzeitigen Einlaufens der Annahmeerklärung ist gemeinrechtlich als zulässig anzusehen,[12] bei Handelsgeschäften ist die Offerte sogar regelrecht so lange bindend.[13]

Tod eines der Kontrahenten vor dem Abschlusse vereitelt den Vertrag, weil die Möglichkeit einer Einigung der Paciscenten damit abgeschnitten ist.[14] Für Handelsgeschäfte gilt dies aber nicht, der Vertrag kommt vielmehr in der Person des Erben zu Stande.[15 16]

§ 12. Die Arra.[1]

Vertragsunterhandlungen, insbesondere über Verkäufe oder Vermiethungen, endigen nicht selten damit, daß der eine Theil dem anderen Geld oder ein anderes Werthobjekt einhändigt — Angeld, Draufgeld, Dingpfennig, Arra.

---

dem Rechte des Lebens und der Praxis, R.O.H.G. Bd. 18 S. 246, R.G. Bd. 2 S. 43. Dahin gehört z. B., wenn ein Reisender bei einem Wirthe telegraphisch Zimmer bestellt und dieser sie nachweisbar daraufhin bereit gestellt hat. Vgl. aber auch Thon, die Haftung des Offerenten in den Festgaben für Leist 1891.

11) Die l. 4 pr. D. de manumissis vindicta 40, 2 wird nicht selten für die Ansicht angeführt, daß auch ein abgesendeter, aber noch nicht angekommener Widerruf Recht habe. Es handelt sich jedoch hier um eine einseitige Willenserklärung und noch dazu um ein ganz singuläres Verhältniß. Vgl. dagegen l. 1 § 2 D. quod jussu 15, 4.

12) Vgl. oben § 9 Anm. 13. Köppen a. a. O. Bd. 11 insbesondere S. 324 betrachtet den Vertragsantrag schon nach römischem Rechte als obligirend unter der Bedingung der Annahme, daher als unwiderruflich. Vgl. hiergegen Windscheid Bd. 2 § 307 Anm. 7a und dort Citirte.

13) H.G.B. Art. 319.

14) Die Frage ist bestritten. Vgl. aber l. 2 § 6 D. de donat 39, 5, Windscheid § 307 Anm. 9. Anderer Ansicht ist namentlich Regelsberger, bei Endemann, Handb. des Handelsrechts Bd. 2 S. 442.

15) H.G.B. Art. 297.

16) Bestritten ist die juristische Konstruktion der Versteigerung. Richtiger Ansicht nach liegt in ihrer Veranstaltung nur eine allgemeine Aufforderung zum Kontrahiren. Das Angebot des Ansteigerers ist als dessen Offerte aufzufassen. Er ist an dieselbe je nach den Versteigerungsbedingungen beziehungsweise den Usancen gebunden, entweder bis ein höheres Gebot eingelegt wird, oder bis zum Schlusse des Versteigerungsgeschäftes. Die Annahme des Gebotes und der Kontraktsschluß geschieht durch den Zuschlag seitens des Versteigerers. Vgl. über dies Geschäft Puchta, Pand. und Vorl. § 252, Kindervater in Iherings Jahrb. Bd. 7 n. 1 und n. 7; Ihering daselbst Bd. 7 Nr. 4 und 8; Unger daselbst Bd. 8 n. 5; Reuling daselbst Bd. 10 n. 6; Siegel a. a. O. S. 82.

1) Vgl. Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 415.

1. Im Zweifel hat dies die Bedeutung eines Zeichens des Abſchluſſes des Vertrages,[2] — die Arra iſt, wie man zu ſagen pflegt, confirmatoria. Nach manchen Partikularrechten iſt ſie ſogar nothwendige Form beſtimmter Kontrakte, namentlich der Geſindeverträge; dem gemeinen Rechte iſt dies aber fremd.

2. Häufig verfolgt die Arra den Zweck einer Strafe — ſ. g. arra poenalis. Und zwar war nach römiſchem Rechte die Straffunktion der Arra zweiſeitig. Wie der Geber die Arra verlor, wenn er an der Vereitelung des Geſchäftes ſchuld war, ſo hatte ſie der Empfänger, den die Schuld traf, in doppeltem Betrage zurückzuerſtatten.[3] Dem heutigen Rechte iſt aber nur die Strafe des Verluſtes durch den Geber bekannt, nicht die doppelte Erſatzpflicht des Empfängers.

a. Die Strafarra kann bloß den Strafzweck haben. Dies dann, wenn feſtſteht, daß die Parteien einen bindenden Vertrag noch nicht wollten, namentlich wenn ſie vereinbarten, daß ihre Abmachungen erſt bei ſchriftlicher Beurkundung feſt ſein ſollten. — Hat ſich der Geber gegen Aufopferung der Arra beliebigen Rücktritt vom Vertrag vorbehalten, ſo iſt ſie zugleich Reugeld, arra poenitentialis.

b. Aber die Arra kann auch Straffunktion haben neben dem Zweck, Zeichen des Abſchluſſes des Vertrages zu ſein.[4] Ja dieſe Verbindung iſt — was häufig verkannt wird — die Regel geworden. Der Empfänger iſt in Folge deſſen befugt, wenn ſich der Geber ſeiner vertragsmäßigen Verpflichtungen entzieht, ſtatt auf Ausführung des Geſchäftes zu beſtehen oder Entſchädigung zu liquidiren, die Arra für ſich zu behalten.[5]

---

2) Pr. J. de empt. vend. 3, 23, l. 35 pr. D. de contr. empt. 18, 1; Gajus libro 10 ad edictum provinciale. Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio. Die Arra iſt zu unterſcheiden von der Anzahlung eines Theiles des Kaufpreiſes, vgl. l. 2 C. quando liceat ab emptione 4, 45. Bechmann a. a. O S. 416.

3) l. 17 C. de fide instrumentorum 4, 21.

4) Die Arra verfällt anerkanntermaßen dem Verkäufer auch ohne beſondere Verabredung, wenn er den Verkauf unter lex commissoria abgeſchloſſen hat und gegenüber dem ſäumigen Käufer von dieſer Klauſel Gebrauch macht, l. 6 pr. l. 8 D. de lege commissoria 18, 3.

5) Daß die Arra im juſtinianiſchen Rechte im Zweifel neben ihrem Charakter als Zeichen des Vertragsſchluſſes Straffunktion hat, geht unſeres Erachtens unzweideutig aus pr. I. de empt. vend. 3, 23 hervor. Nachdem dieſe Stelle ausgeführt hat, daß man von einem Kaufvertrage zurücktreten dürfe, wenn die ſchriftliche Abfaſſung deſſelben verabredet ſei und noch ausſtehe — vgl. oben § 10 — fährt ſie fort: Ita tamen impune recedere eis concedimus, nisi jam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere

3. Die Arra ist im Zweifel nicht Zugabe zur vereinbarten Leistung.

4. Der Empfänger der Arra wird zwar deren Eigenthümer, er ist keineswegs bloßer Verwahrer fremden Besitzes; konsumirt er die Arra, so begeht er daher keine Unterschlagung.[6] Er ist aber obligatorisch zur Rückerstattung verbunden, wenn das Geschäft vollständig von der Gegenseite erfüllt ist, ohne daß eine Aufrechnung stattfand. Er hat sie auch zurückzugeben, wenn das Geschäft durch beiderseitige Uebereinkunft oder seine Schuld rückgängig gemacht wird.

Drittes Kapitel.

Verhaftung aus fremden Geschäften.

§ 13. Allgemeines. Actio exercitoria und institoria.

Actiones adjecticiae qualitatis nennt man Klagen, durch welche ein Gewalthaber oder Geschäftsherr neben seinem Hauskinde, Sklaven, Geschäftsführer aus dessen Kontrakten verbunden wurde.[1 2]

---

compellitur, licet nihil super arris expressum est. Hierin fand schon Savigny D.R. Bd. 2 S. 271, daß die arra confirmatoria zugleich den Charakter einer Strafe habe. Dies mißfällt freilich vielen Neueren, insbesondere Bechmann a. a. O. Und richtig ist, daß hiernach Justinian in den Institutionen verschiedene Fälle vermengt, während die zu Grunde liegende l. 17. C. de fide instrument. 4, 21 hiervon keine Spur enthält. Aber Derartiges ist bei Justinian nichts Unerhörtes. Es arbeitet sich hier eben ein neuer Gedanke in wenig geschickter Weise durch. Damit stimmt die Ausführung des römisch-syrischen Rechtsbuches überein — vgl. Bruns, Kommentar S. 216 —, laut dessen der Käufer, welcher eine arra giebt, zwar um deswillen nicht zurücktreten darf, wenn er aber gleichwohl zurücktritt, die arra verliert. Bruns erklärt diese Sätze sehr richtig dahin, daß der Verkäufer die Wahl haben soll, entweder auf Erfüllung des Vertrages zu dringen, oder den Rücktritt zuzulassen und dann die arra zu lukriren. Dies war praktisch und bildete sich, wie es scheint, im Verkehre gewohnheitsmäßig aus. Von den Kompilatoren wurde dann der Satz, da er in den Rechtsquellen der klassischen Zeit noch nicht in dieser Allgemeinheit anerkannt war, gelegentlich eingeflickt. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 325 Anm. 4.

6) Hierfür spricht, daß die arra mit einer „condictio" zurückzufordern ist, und daß nirgends von einer „Vindikation" der arra die Rede ist, wie sie doch namentlich, wenn es sich um einen Ring handelte, nahe gelegen hätte, wenn der Geber Eigenthümer geblieben wäre, l. 11 § 6 D. de act. empt. 19, 1. Bechmann a. a. O. S. 417 glaubt dennoch den Eigenthumsübergang bestreiten zu müssen. Und allerdings läßt sich die „Nothwendigkeit des Eigenthumsüberganges" nicht behaupten. Aber darum handelt es sich auch nicht. Es fragt sich, was ist im Zweifel die Meinung der Parteien bei Hingabe der arra, was entspricht den Zwecken des Verkehres? Die Antwort der Römer ist: Eigenthumsübergang.

1) Ueber die adjekticischen Klagen vgl. Buchka, Stellvertretung §§ 3 ff.; Savigny, D.R. Bd. 2 § 54; Baron, Abhandlungen aus dem römischen Civilprozeß II die

Diese Klagen wurzelten theils in der eigenartigen Organisation der römischen Hausgewalt und dem Sklavenverhältnisse, theils dienten sie zum Ersatze der direkten Stellvertretung, welche die Römer für die Regel nicht anerkannten.

Einige gingen auf den vollen Schuldbetrag — in solidum —. Dies war der Fall bei der actio exercitoria, institoria und quod jussu. Andere verbanden nur bis zu einem Maße, welches sich durch besondere Thatbestände ergab. Solcher Art war die actio de peculio und die actio de in rem verso.

Da nach gemeinem Rechte die Sklaverei nicht besteht, die väterliche Gewalt eine von der römischen verschiedene Gestaltung hat und direkte Stellvertretung unbedingt anerkannt wird, so ist die unmittelbare Anwendbarkeit der römischen actiones adjecticiae qualitatis sehr vermindert.

1. Durch die actio exercitoria wird der Rheder — exercitor navis — welcher einen Schiffer — magister navis — zum gewerbemäßigen Betrieb der Schifffahrt einem Schiffe vorgesetzt hat, neben demselben aus dessen Geschäften verhaftet.[3]

Es muß sich um Geschäfte handeln, zu denen der Schiffer vom Rheder ermächtigt ist, oder als ermächtigt gilt, weil sie bei Schiffern der betreffenden Art üblich sind.[4] Der Mitkontrahent ferner muß die Absicht gehabt haben, zu den Zwecken zu kreditiren, für welche der Schiffer angestellt ist.[5] Geschah dies und lagen besondere Verdachts-

---

adjekticischen Klagen 1882 und in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 19 n. 2. Fr. Frese, L. v. d. beauftragten Vermögensverwaltung Heft 1 1889 S. 181. Der Name dieser Klagen ist von den Neueren auf Grund des Ausspruches von Paulus libro 29 ad edictum l. 5 § 1 D. de exercit. a. 14, 1 gebildet: hoc edicto non transfertur actio, sed adjicitur.

2) Die Klagformel der adjekticischen Klagen war derart koncipirt, daß die „intentio" der Klage auf die Person des Geschäftsführers gestellt war, während die „condemnatio" auf die Person des Geschäftsherrn ging. Hiernach entwirft Lenel folgende Formel der actio institoria: Quod A^{s} A^{s} de Lucio Titio, cum is a N^{o} N^{o} tabernae praepositus esset, X. pondo olei emit, cui rei Lucius Titius a N^{o} N^{o} praepositus erat, quidquid ob eam rem Lucium Titium A^{o} A^{o} dare facere oportet ex fide bona, ejus judex N^{m} N^{m} A^{o} A^{o} c. s. n. p. a. Diese Fassung hat zuerst Keller, Litiskontestation und Urtheil S. 432 vorgeschlagen. Zwar fehlt es nicht an Dissentienten. So namentlich neuerdings Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 259, Brinz Bd. 2 S. 204, Baron a. a. O. Die Richtigkeit der Kellerschen Aufstellung ist aber überzeugend durch Lenel, edictum S. 206 nachgewiesen worden. Vgl. auch Krüger in der Zeitschrift d. Savignystiftung Bd. 4 n. 7.

3) Tit. Dig. de exercitoria actione 14, 1.

4) Vgl. l. 1 § 5 D. h. t. 14, 1.

5) Dagegen nimmt Brinz Bd. 2 S. 225 an, daß es bezüglich der Vollmacht auf Wissen und Wollen des Mitkontrahenten nicht ankomme, wenn der Erfolg da sei, daß innerhalb ihres Umfanges gehandelt worden ist. Dies ist nicht als richtig anzuerkennen. Siehe unten Anm. 13.

gründe nicht vor, so steht ihm nicht entgegen, daß der Schiffer hinterher das Entnommene treuloserweise zu anderen Zwecken verwendete.[6]

2. *Institor heißt der in dem Gewerbe eines Anderen für einen Geschäftszweig, zu welchem der Abschluß von Rechtsgeschäften gehört, Angestellte.*[7][8] Institor ist sowohl wer das ganze Gewerbe verwaltet, wie wem ein einzelnes Ressort desselben anvertraut ist.

Aus den von ihm innerhalb seiner Zuständigkeit geschlossenen Geschäften gab der Prätor die actio institoria gegen den Geschäftsherrn. Sie trat zu der Klage gegen den Institor, welcher als Kontrahent persönlich verpflichtet war, hinzu.

Das *innere Verhältniß* des Institor zu dem Geschäftsherrn ist zu unterscheiden von seiner Stellung *nach Außen* — gutgläubigen Dritten gegenüber. Der Institor ist dem *Geschäftsherrn gegenüber* verbunden, dessen Anweisungen zu beobachten, und wird ihm im Falle ihrer Nichtbefolgung verantwortlich. Aber gutgläubigen Dritten haftet der Geschäftsherr auch aus Geschäften seines Institors, welche jenen Anweisungen zuwiderliefen, sofern zu Geschäften dieser Art derartige Angestellte *üblicherweise* befugt sind.[9] Insbesondere gilt der in einem Handelslokale Angestellte als ermächtigt zu allen dort regelmäßig betriebenen Geschäften.[10] Nur solche Einschränkungen stehen auch gutgläubigen Dritten entgegen, die aus der Einrichtung des Geschäftsbetriebes oder durch öffentliche Bekanntmachungen offenkundig waren, so daß sie bei etwelcher Sorgfalt nicht zu übersehen waren.[11]

6) Vgl. l. 1 § 9 D. h. t. 14, 1.

7) Tit. Dig. de institoria actione 14, 3, Tit. Cod. de exercitoria et institoria actione 4, 25. Thöl, Handelsrecht — 6. Aufl. — Bd. 1 §§ 55 ff: „Institor ist nicht nur wer einem kaufmännischen Gewerbe vorsteht, sondern auch wer für ein Gewerbe anderer Art angestellt ist." — Das H.G.B. Art. 41 hat für die Institoren der Kaufleute, „die Handlungsbevollmächtigten" und „Prokuristen", besondere Bestimmungen getroffen. Prokurist ist hiernach der Handlungsbevollmächtigte eines Kaufmannes, welchem „Prokura" ertheilt ist, womit er zu allen durch den Betrieb eines Handelsgewerbes bedingten Rechtshandlungen in der Weise bevollmächtigt ist, daß eine Einschränkung Dritten gegenüber schlechthin wirkungslos ist.

8) Ueber die vielbestrittene l. 5 § 10 D. de inst. act. 14, 3 vgl. Ihering in seinen Jahrb. Bd. 2 S. 78, Thöl H R 6. Aufl S. 301. Weitere Litteraturangaben siehe bei Windscheid 2 § 482 Anm. 15.

9) l. 11 §§ 2 ff. D. h. t. 14, 3. Ulpianus libro 28 ad edictum. De quo palam proscriptum fuerit, ne cum eo contrahatur, is praepositi loco non habetur: non enim permittendum erit cum institore contrahere, sed, si quis nolit contrahi, prohibeat: ceterum qui praeposuit tenebitur ipsa praepositione. Proscribere palam sic accipimus claris litteris ante tabernam scilicet, vel ante eum locum, in quo negotiatio exercetur, non in loco remoto, sed in evidenti.

10) Vgl. Thöl, Handelsrecht Bd. 1 S. 205, sowie die oben Anm. 9 abgedruckte Stelle. Vgl. H.G.B. Art. 50.

11) l. 7 § 1 D. de exercitoria a. 14, 1 . . . et in summa aliquam diligentiam

3. Eine actio quasi institoria wurde endlich in Fällen gegen den Geschäftsherrn gegeben, in welchen ein Bevollmächtigter, ohne Institor zu sein, im Namen eines Dritten kontrahirte.[12]

Dem heutigen Rechte sind alle diese Klagen, also die actio exercitoria, institoria und quasi institoria fremd. Denn entweder der Schiffer oder Handlungsbevollmächtigte oder sonstige Vertreter handelt in seiner Eigenschaft als Bevollmächtigter im Namen des Geschäftsherrn. In diesem Falle gilt der Geschäftsherr nach den Grundsätzen der unmittelbaren Stellvertretung als der wahre Kontrahent, als allein und unmittelbar verpflichtet. Oder die Bevollmächtigten kontrahiren auf fremde Rechnung in eigenem Namen. In diesem Falle erhalten die Vertreter allein Rechte und Pflichten aus dem Kontrakte. Die Mitkontrahenten kreditiren dann nur ihnen und können den Geschäftsherrn nicht belangen.[13]

Dagegen sind die römischen Grundsätze über den Umfang der Vollmacht der Schiffer und Institoren auch im heutigen Rechte für die Frage maßgebend, inwieweit der Angestellte seinen Principal durch seine Gewerbsgeschäfte verbindet.

---

in ea creditorem debere praestare. Hiernach bestimmt sich, inwieweit dem Mitkontrahenten eine „Erkundigungspflicht" obliegt. Vgl. hierüber Thöl, Handelsrecht Bd. 1 S. 216, aber auch Baron in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 27 S. 139.

12) Die actio quasi institoria verdankt ihre Anerkennung der Autorität Papinians, vgl. l. 30 pr. D. de neg. gest. a. 3, 5, l. 19 pr. D. de inst. 14, 3, l. 10 § 5 D. mandati 17, 1, l. 13 § 25 D. de a. e. v. 19, 1, l. 16 D. de inst. a. 14, 3, l. 5 und l. 6 C. de inst. a. 4, 25. Baron in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 27 S. 131. Es gehört hierher auch l. 30 pr. D. de neg. gest. 3, 5, worüber Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 287; vgl. Windscheid Bd. 2 § 482 Anm. 8.

13) Der richtigen Ansicht nach setzten die actio exercitoria und institoria voraus, daß der Angestellte mit offener Vollmacht handelte, daß der Mitkontrahent daher wußte, ein Geschäftsherr stehe hinter demselben, und daß er mit Rücksicht auf diesen Geschäftsherrn kontrahirte. Dies spricht namentlich Gajus IV § 70 und §§ 1 und 2 I quod cum eo 4, 7 aus. Si igitur jussu domini cum servo negotium gestum erit, in solidum praetor adversus dominum actionem pollicetur, scilicet quia qui ita contrahit fidem domini sequi videtur. Eadem ratione praetor duas alias in solidum actiones pollicetur, quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Vgl. 1, 1 pr. D. quod jussu 15, 4. Siehe auch l. 5 § 17 D. de inst. a. 14, 3 und hierzu Mitteis, Stellvertretung S. 29. Diese Ansicht entspricht dem Wesen der Sache. Wer den Angestellten für den Geschäftsherrn hält und mit ihm kontrahirt, hat ihm kreditirt. Wie kommt er dazu, hinterher einen Anderen in Anspruch zu nehmen, auf dessen Mithaftung er beim Kontraktschluß nicht reflektirte? Vgl. Mitteis a. a. O. S. 25, wo auch die neuere Litteratur angeführt ist. Hiernach kommt heute eine actio exercitoria und institoria nicht mehr vor, da der Dritte gegen den Geschäftsherrn, der durch den Angestellten vertreten ist, stets eine unmittelbare Kontraktsklage und nicht bloß eine adjekticische hat. Eine andere Ansicht nimmt an, die exercitoria und institoria seien auch für Fälle bestimmt gewesen, in welchen der Angestellte mit verdeckter Vollmacht handelte, und will beide Klagen in derartigen Fällen auch heute noch gewähren. Allein die Praxis tritt dem mit Recht nicht bei. R.G. Bd. 2 S. 167.

§ 14. Die drei Klagen aus den Kontrakten der Gewaltuntergebenen gegen den Gewalthaber.

Ein dreifaches Edikt stellte dreifache Klagen gegen den Gewalthaber aus den Kontrakten seiner Hausuntergebenen auf: nämlich die actio quod jussu, de peculio und de in rem verso.[1]

1. Wer Hausuntergebenen auf Geheiß — jussus — ihres Hausvaters *in dessen Angelegenheiten* kreditirte, hatte gegen denselben in solidum die actio quod jussu.[2][3] Nothwendig war, daß der Dritte im Hinblick auf die Ermächtigung des Hausvaters kontrahirt hatte.[4]

Zunächst war — civiliter oder naturaliter — der Hausuntergebene als Kontrahent dem Mitkontrahenten verpflichtet: der Hausvater haftete adjekticisch. Heutzutage dagegen ist in Folge der Anerkennung direkter Stellvertretung der Hausvater in allen bezüglichen Fällen als der wahre Kontrahent und alleinige Verpflichtete anzusehen.

2. Die actio de peculio ging gegen den Hausvater aus den kontraktlichen Verbindlichkeiten seines Hausuntergebenen, soweit dessen peculium reichte. *Peculium* war ein dem Hausuntergebenen vom Hausvater eingeräumtes Sondervermögen, welches *thatsächlich dem Hausuntergebenen* überlassen war, *rechtlich aber in dem Eigenthume des Hausvaters* blieb.[5][6]

Die Pekulienklagen sind in Deutschland nicht praktisch geworden, da Pekulien im römischen Sinne nicht vorkommen.

1) l. 1 § 1 D. de peculio 15, 1. Ulpianus libro 29 ad edictum. Est enim triplex hoc edictum: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod jussu hinc oritur actio.

2) Tit. Dig. quod jussu 15, 4; Drechsler, die actio quod jussu 1877; Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 543 und dort Citirte.

3) Bestritten ist, in wessen Angelegenheiten abgeschlossen sein muß, ob in denen des Vaters oder denjenigen des Hauskindes, oder ob Geschäfte beider Art betroffen waren. Das Richtige ist, daß es sich um Geschäfte des Vaters handeln müsse. Vgl. l. 1 §§ 1 und 5 D. quod jussu 15, 4, l. 5 § 2 D. de in rem verso 15, 3.

4) Jussus ist in der actio quod jussu nicht „Befehl", wie am deutlichsten hervorgeht aus der Form des jussus in l. 1 § 1 D. h. t. 15, 4 „quod voles cum Sticho servo meo negotium gere periculo meo". Es bedeutet „Ermächtigung", zu Lasten des Jubenten zu kontrahiren. Der jussus wurde daher in der Regel *direkt vom Hausvater dem dritten Kontrahenten kundgethan*. Indessen genügte auch eine *dem Hausuntergebenen ertheilte Vollmacht, die dem Mitkontrahenten bekannt war*. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Bangerow Bd. 1 § 240 S. 446 und Mandry a. a. O. Genehmigung des Geschäftes nach seinem Abschlusse steht ursprünglicher Ermächtigung gleich, l. 1 § 6 D. h. t. 15, 4.

5) Ueber das Pekulium, auf welches im Familienrechte — unten Bd. 3 § 32 — zurückzukommen ist, vgl. vorzugsweise Mandry, über Begriff und Wesen des Pekulium 1869 und Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 1 ff. Siehe dort die Litteratur.

3. Die dritte der Klagen — actio de in rem verso — ist praktischen Rechtens.[7] Sie gründet sich auf die Bereicherung des Hausvaters durch das Geschäft des Hauskindes[8] und geht bis zum Belaufe dieser Bereicherung.

Vorausgesetzt ist:

a) ein Geschäft des Versionsklägers mit dem Hausuntergebenen.[9]

b) Bereicherung des Hausvaters. Dieselbe kann in positiver Vermögensvermehrung oder darin bestehen, daß ihm Ausgaben erspart sind, die er für nothwendige oder nützliche oder von ihm genehmigte Zwecke gemacht hätte.[10]

Gelangte das Produkt des Geschäftes in das Pekulium des Hausuntergebenen, so war die actio de in rem verso nicht begründet.[11]

c) Die Bereicherung muß *in Folge des Geschäftes* des Hausuntergebenen eingetreten sein. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Gewaltuntergebene von vornherein im Interesse des Hausvaters handelte, so daß dieser gegen ihn die actio mandati oder negotiorum

---

6) Die actio de peculio verhaftete den Hausvater, soweit das Pekulium reichte, jedoch nur nach Abzug dessen, was der Vater vom Hausuntergebenen naturaliter zu fordern hatte — l. 9, l. 11 pr. und ff., l. 52 D. de peculio 15, 1. Der Hausvater hatte zu zahlen, bis das Pekulium erschöpft war. Kamen einzelne Pekuliargläubiger zuerst zur Befriedigung und war hierdurch das Pekulium erschöpft, so hatten die Uebrigen das Nachsehen. Dolose Verminderung des Pekuliums war dem Hausvater zuzurechnen, wenn innerhalb eines annus utilis nach derselben geklagt wurde, l. 30 § 6 D. h. t. 15, 1. Auch nach Aufhebung des Gewaltverhältnisses konnte gegen den ehemaligen Gewalthaber und dessen Erben, wenn sie das Pekulium besaßen, mit der actio de peculio „annalis" geklagt werden. Tit. Dig. 15, 2 Quando de peculio actio annalis est. War Pekuliarvermögen mit Wissen des Vaters zu einem *Handelsgewerbe* verwendet, so hatten die Geschäftsgläubiger die *actio tributoria*, vermöge deren sie verhältnißmäßige Befriedigung aus dem pekuliaren Handelsvermögen fordern konnten, ohne daß bei dieser Klage der Hausvater wegen seiner Forderungen an den Hausuntergebenen im Voraus einen Abzug machen konnte. Tit. Dig. 14, 4 de tributoria actione.

7) Vgl. Tit. Dig. de in rem verso 15, 3. Eine eingehende Behandlung giebt Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 454. Dort findet sich die ältere Litteratur. Hinzuzufügen ist Brinz Bd. 2 S. 218.

8) Dies ist der Gesichtspunkt der Quellen l. 10 § 7 D. h. t. 15, 3, l. 17 § 4 D. de inst. act. 14, 3. Brinz a. a. O. führt hiergegen die Worte der l. 17 pr. D. h. t. 15, 3 Africanus libro 8 quaestionum an: Servus in rem domini pecuniam mutuatus sine culpa eam perdidit: nihilominus posse cum domino de in rem verso agi existimavit. nam etsi procurator meus in negotia mea impensurus pecuniam mutuatus sine culpa eam perdiderit, recte eum hoc nomine mandati vel negotiorum gestorum acturum. In der That ist die Stelle bedenklich, aber doch vorzugsweise, weil hier das versum non „durat".

9) Die actio de in rem verso ist actio adjecticiae qualitatis. Sie findet daher nicht statt, wenn der Kläger etwas *unmittelbar* in das Vermögen des Beklagten verwendet hat, oder wenn diesem durch Zufall etwas aus dessen Vermögen zufloß. Dies liegt in dem Gebiete der Kondiktionen.

10) l. 3 §§ 4 und 6, l. 5 § 2 D. h. t. 15, 3.

11) l. 5 § 3, l. 6 D. h. t. 15, 3.

gestorum hätte, wenn er ein Gewaltfreier wäre.[12] Aber unrichtig ist, hierin eine nothwendige Bedingung der Klage zu sehen. Es genügt, daß die Verwendung in das Vermögen des Hausvaters nachträglich erfolgte, sei es durch den Hausuntergebenen selbst, sei es auf andere Weise, vorausgesetzt nur, daß der Kausalnexus zwischen dem Geschäfte, aus dem geklagt wird, und der Bereicherung ein offensichtlicher ist.[13]

d) Die Bereicherung darf nicht seitens des Versionsbeklagten dem Hausuntergebenen bereits vergütet sein.

Sie muß fortdauern.[14] Lag sie aber in einer Ausgabeersparniß, so ist dies eine Thatsache, die durch spätere Ereignisse nicht mehr ungeschehen gemacht werden kann.

Eine actio de in rem verso utilis hat, wer einem Hauskinde zum Zwecke seines Lebensunterhaltes kreditirte, sei es durch Naturalalimente, sei es durch Geldvorschüsse, sofern der Hausvater zur Alimentation des Hauskindes verpflichtet war und soweit er hierdurch an den hierzu nothwendigen Ausgaben erspart hat.[15]

---

12) l. 3 § 2 D. h. t. 15, 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Et regulariter dicimus totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit, negotiorum gestorum haberet actionem quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriorem. Viele sehen hier den eigentlichen Grund der actio de in rem verso angedeutet. Man hat geradezu die actio de in rem verso auf eine fiktive Cession der naturalen actio negotiorum gestorum oder mandati des Hausuntergebenen gegen seinen Gewalthaber, der sich bei dieser Gelegenheit in eine civile umsetzen würde, zurückgeführt. So Witte, Bereicherungsklage S. 256 und bis zu einem gewissen Grade noch neuerlich Brinz a. a. O. Dies ist aber nicht haltbar und führt vom richtigen Wege ab. Es handelt sich nicht um den Grund der Klage, sondern um ein einzelnes wichtiges Moment. Der Kausalzusammenhang zwischen Kontrakt und Bereicherung liegt vor allem dann vor, wenn die Zwischenperson die Absicht hatte, durch denselben die Geschäfte des Hausherrn zu führen. Dieser Kausalzusammenhang kann aber auch auf andere Weise hergestellt werden. Beispiele geben l. 7 § 4 und l. 19 D. h. t. 15, 3.

13) l. 5 § 3 D. h. t. 15, 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Placet non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio. Schenkt freilich der Gewaltuntergebene eine Sache, die er für sein Pekulium gekauft hat, seinem Vater, so hat deren Verkäufer keine actio de in rem verso gegen den letzteren. Denn dieser hat die Sache in Folge der Schenkung und nicht jenes Kaufes. Dagegen ist die actio de in rem verso begründet, wenn der Hausuntergebene ein Darlehen im Interesse des Vaters aufnimmt und die Summe dem Vater sofort donandi animo, ohne ihn zum Pekuliarschuldner machen zu wollen, auszahlt, also seinerseits auf Regreß verzichtet. So läßt sich wohl l. 7 pr. und § 1 D. h. t. erklären, keinenfalls wird man aber mit Windscheid Bd. 2 § 483 Anm. 4 statt „actio est“ emendiren dürfen „actio cessat“. Denn dies ist ohne handschriftliche Unterlage und stimmt auch nicht mit dem Gange der Erörterung Ulpians.

14) l. 10 §§ 5 und 6 D. h. t. 15, 3. Ulpianus libro 29 ad edictum: Versum autem sic accipimus, ut duret versum: et ita demum de in rem verso competit actio, si non sit a domino servo solutum vel filio.

Die Versionsklage wurde endlich utiliter ausgedehnt auf Fälle, in welchen man mit Gewaltfreien kontrahirte.[16]

Vorausgesetzt ist ein Geschäft des Versionsklägers mit einer gewaltunabhängigen Zwischenperson, ferner Bereicherung des Versionsbeklagten, und endlich Kausalzusammenhang zwischen dem Geschäfte und der Bereicherung.

Dieser Kausalzusammenhang wird nur angenommen, wenn der Kontrakt, aus welchem geklagt wird, von vornherein durch die Zwischenperson im Interesse des Versionsbeklagten geschlossen wurde. Daß auch der Versionskläger, wie viele Neuere fordern, beim Kontrakte das Verhältniß kannte und mit Rücksicht hierauf abschloß, wird nicht verlangt. Denn die Grundlage der Klage ist nicht etwa, daß Kläger dem Versionsbeklagten kreditirt habe, sondern daß er ihn bereicherte.

Es ist weiter nothwendig, daß der Versionsbeklagte das Produkt des Geschäftes erlangte, ohne daß er dasselbe von der Zwischenperson durch ein besonderes Geschäft erwarb oder es ihr vergütete. Nur unter dieser Voraussetzung ist er aus dem Geschäfte des Versionsklägers bereichert.[17]

Viertes Kapitel.

Erfordernisse obligatorischer Geschäfte.

§ 15. Bestimmbarkeit der Leistung.

Keine Obligation entspringt aus Verabredungen, so lange noch Existenz und Umfang der beabsichtigten Verpflichtung in der Willkür

15) l. 3 § 3 D. h. t. 15, 3, vgl. l. 21 D. eod. in fine verb. „dandam de in rem verso utilem actionem".

16) Die actio de in rem verso utilis aus Kontrakten gewaltfreier Personen hat ihre feste Stütze in der l. 7 § 3 C. Quod cum eo qui in aliena est potestate 4, 26. Diocletianus et Maximianus. Alioquin si cum libero rem agente ejus, cujus precibus meministi, contractum habuisti et ejus personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem ejus pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit. Eine andere Interpretation versucht neuerdings Schloßmann in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 331.

17) Die Ansichten der Neueren über die actio de in rem verso utilis gehen außerordentlich auseinander. Die Einen vertreten weiteste Anwendung, die Anderen engste Beschränkung, ja Leugnung dieser Klage überhaupt. In früherer Zeit sahen Manche von der Voraussetzung, daß der Kontrakt seitens einer Zwischenperson im

dessen steht, der sie übernehmen soll.[1] Sie sind noch unfertig. Die Obligationen müssen aber nicht nothwendig *bestimmt* — certae —, sie können auch *unbestimmt* — incertae — sein.

Bestimmt sind die Obligationen, wenn ihr Inhalt und Umfang im Vertragsakt ausdrücklich, genau und vollständig festgestellt ist,[2] unbestimmt sind diejenigen, welche der Vertragsakt zwar nicht vollständig darlegt, die aber ohne neue Uebereinkunft vollständig werden können. Sie sind also unbestimmt, aber nicht unbestimmbar.

Die Unbestimmtheit liegt bald darin, daß bloß die *Fassung* des Vertrages eine unvollständige ist, während die Betheiligten über dessen Inhalt vollständig einig waren, bald aber auch darin, daß der *Inhalt* noch nicht vollständig festgestellt ist.

Interesse des Versionsbeklagten abgeschlossen sei, ganz ab und wollten unsere actio auch in Fällen geben, in welchen der Versionsbeklagte durch den Kontrakt eines Anderen in ganz unvorgesehener und zufälliger Weise einen Vortheil erlangt hatte. So hielt man Handwerker und Lieferanten von Materialien, welche einem Bauunternehmer kreditirt hatten, für berechtigt, selbst gegen spätere Erwerber des Hauses mit der actio de in rem verso zu klagen. Hiergegen trat namentlich Kämmerer in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 3, 4 und 8 auf. Diese vage und keineswegs immer billige Bereicherungsklage ist derzeit nicht mehr in der Litteratur vertreten. Die entgegengesetzte Ansicht erkennt eine actio de in rem verso utilis aus Kontrakten überhaupt nicht an und behauptet, daß in der l. 7 C. cit. nur von einer actio negotiorum gestorum contraria des mit der Zwischenperson Kontrahirenden die Rede sei. Und zwar soll dies nach Einigen eine dem Kläger um deswillen persönlich erwachsene negotiorum gestorum actio sein, weil er beim Kontrakte mit der Zwischenperson das Interesse des Beklagten im Auge gehabt habe; Andere — Savigny, O.R. Bd. 2 S. 32, Arndts § 248 Anm. 3 — betrachten die Klage als die vi legis an den Kläger cedirte a. negotiorum gestorum der Zwischenperson gegen den Beklagten. Beides läßt sich nur durch künstliche Umdeutungen der l. 7 cit. vertheidigen, für die es an inneren wie äußeren Gründen fehlt. Viele, welche eine actio de in rem verso utilis anerkennen, beschränken sie wenigstens auf den Fall, daß der Abschließende beim Geschäftsschluß als Geschäftsführer hervortrat. So Ihering, Jahrb. Bd. 1 S. 339 ff. und Windscheid Bd. 2 § 483 Anm. 5. Auch dies ist ohne Stütze in den Quellen und ohne gute innere Gründe. Die Litteratur stellt Kämmerer a. a. O. zusammen und neuerdings Ude im Archiv für civ. Praxis Bd. 60 n. 18. Vgl. weiter Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 460 und Rocholl, Rechtsfälle des Reichsgerichts Bd. 1 S. 83. Mori dell' a. de in rem verso, Firenze (Giuseppe Pellas) 1891. Das R.G. Bd. 1 S. 143, S. 159 Bd. 21 S. 238 steht im Wesentlichen auf dem hier vertretenen Standpunkte.

1) Vgl. oben Bd. 1 § 108, siehe ferner l. 115 D. de verb. obl. 45, 1, l. 35 § 1 D. de contrahenda empt. 18, 1.

2) l. 74 D. de verb. obl. 45, 1. Gajus libro 8 ad edictum provinciale. Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod *ex ipsa pronuntiatione* apparet, quid quale quantumque sit, ut ecce aurei X., fundus Tusculanus.... Ueber incertum handelt vorzugsweise l. 75 D. eod., vgl. ferner l. 68 D. eod.

3) Der Gegensatz von „certum" und „incertum" hat eine große prozessualische Bedeutung. Denn obligationes certae eignen sich zu schleunigerer prozessualischer Behandlung, als incertae. Vgl. für das römische Recht oben Bd. 1 § 131. Nach heutigem Prozeßrechte ist eine „*bestimmte* Quantität" als Gegenstand der Schuld Voraussetzung der Anwendbarkeit des Urkundenprozesses, C.P.O. § 555, sowie des Mahnverfahrens, C.P.O. § 628.

a) Bloße Unvollständigkeiten der Fassung sind durch Auslegung zu heben. Vorausgesetzt ist natürlich, daß Erklärungen der Parteien oder Thatumstände bestehen, aus denen der Sinn des Vertrages genügend aufgehellt werden kann.[4]

b) Die Ergänzung von Vereinbarungen ohne neuen Vertrag ist nur statthaft, wenn sie die Mittel hierzu selbst an die Hand geben.

Zu diesem Zwecke kann der Vertrag auf Verhältnisse der Zukunft Bezug nehmen. Man verspricht z. B. einem Fabrikanten so viele Kohlen zu angemessenen Preisen für mehrere Jahre, wie er zum Betriebe seiner Fabrik brauchen wird. In Streitfällen hat hiernach der Richter das Quantum der zu liefernden Waare zu bemessen.

Nicht selten verweisen die Verträge auf die Entscheidung von Dritten — Arbitratoren. Diese sind nicht Schiedsrichter, welche über einen Rechtsstreit urtheilen, sondern Gehülfen der Betheiligten bei Gestaltung der Obligation.[5]

Es giebt zwei Klassen von Arbitratoren. Entweder handelt es sich um persönliche Entscheidung; dann ist der Vertrag hierdurch bedingt und fällt zusammen, wenn die Arbitratoren die Entscheidung nicht geben wollen oder wegen Todes oder Krankheit oder Abwesenheit nicht oder nicht innerhalb entsprechender Frist geben können. Oder der Vertrag beruft die Arbitratoren als Sachverständige, dann ist er nicht bedingt. Zwar ist auch in diesem Falle die Entscheidung der bestimmten Arbitratoren thunlichst einzuholen, aber wenn sie nicht zu erwirken ist, hat das Gericht — etwa nach Anhörung von Sachverständigen — die Feststellung vorzunehmen.[6]

4) l. 94 D. de verb. obl. 45, 1. Marcellus libro 3 digestorum: Triticum dare oportere stipulatus est aliquis: facti quaestio est, non juris. igitur si de aliquo tritico cogitaverit, id est certi generis certae quantitatis, id habebitur pro expresso: alioquin si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur, igitur ne unum quidem modium. Vgl. l. 95 D. eod.

5) Weismann, das Schiedsgutachten im Archiv f. civ. Praxis Bd. 72 S. 269, R.O.G.H. Bd. 16 S. 427.

6) Die Römer unterscheiden beide Arten vorzugsweise beim Gesellschaftsvertrage, l. 76, l. 78 D. pro socio 17, 2. Proculus libro 5 epistularum . . . arbitrorum enim genera sunt duo, unum ejusmodi, ut sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus — quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est — alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat. In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod judicium pro socio bonae fidei est. — Hieraus ergiebt sich, daß zwar beide Formen des arbitratus möglich sind, daß man aber im Zweifel das arbitrium boni viri als beabsichtigt anzusehen hat. Dies stimmt auch mit unseren heutigen Verkehrsanschauungen vortrefflich zusammen, vgl. R.G. Bd. 1 S. 343. Bedenken erregt freilich die Behandlung von Miethe und Kauf im römischen Rechte. Denn es wird wiederholt ausgesprochen, daß die Klausel der Kauf- und Miethverträge, wonach der Kaufpreis oder der Miethzins nach dem Ermessen eines Dritten bestimmt

Im heutigen Verkehre ist auch das nicht ungewöhnlich, daß Einer der Kontrahenten vertragsmäßig ermächtigt wird, seinerseits Inhalt und Umfang der Leistungen näher festzustellen.[7] Solche Verträge sind bindend, wenn nachweisbare Umstände, insbesondere bestimmte Geschäftsgebräuche oder die Geschäftslage eines Theiles einen Maßstab für die Bestimmung an die Hand geben, so daß der eine Mitkontrahent einer ungemessenen Willkür des anderen nicht unterworfen ist.[8]

Ist die Festsetzung durch die Arbitratoren einem der Mitkontrahenten oder durch die eine Partei der anderen erklärt, so ist das Bestimmungsrecht erschöpft.[9]

Im Falle von Betrug, Zwang und wesentlichem Irrthum ist jedoch Verbesserung zulässig.

Wegen grober Unreellität der Entscheidung kann stets richterliche Hülfe angerufen werden. Denn der Fall des Dolus gilt immer als vorbehalten. Handelte es sich um sachverständiges Ermessen, so kann die Entscheidung auch angefochten werden, weil sie dem Sachverhältniß widerspricht.[10] Der Anfechtende hat zu beweisen.[11]

---

werden soll, auf eine persönliche Entscheidung desselben abziele und den Vertrag zum bedingten mache, daß aber die Verweisung auf das arbitrium eines unbestimmten Dritten bezüglich der Bestimmung des Kaufpreises oder Miethzinses oder Lohns unzulässig sei, l. 25 pr. D. locati 19, 2, § 1 J. de e. v. 3, 23, l. 15 C. de contr. empt. 4, 38. Dies ist aber historisch zu erklären und hängt damit zusammen, daß die Römer für Kauf und Miethe „pretium certum" forderten. Daher zweifelte man ursprünglich, ob Kaufgeschäfte überhaupt Geltung hätten, wenn die Preisbestimmung Dritten übertragen war. Gajus Inst. 140. Dann ließ man solche Geschäfte als durch eine persönliche Entscheidung bedingte zu, wagte aber nicht weiter zu gehen und eine Preisbestimmung boni viri arbitrio anzuerkennen. — Im heutigen Rechte ist das Erforderniß des pretium certum im römischen Sinne bei Kauf und Miethe weggefallen, was unten bei den bezüglichen Geschäften darzuthun ist. In Folge dessen haben sich auch die besonderen Sätze über Unzulässigkeit einer sachverständigen Bestimmung des Preises durch Dritte erledigt. Vielmehr sind derzeit die Grundsätze, welche die Römer bei der Societät entwickelten, allgemein anzuwenden — auch bei Kauf und Miethe. Andere Auffassungen siehe bei Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 344.

7) Die Römer erkannten Käufe, bei denen die Preisbestimmung dem einen Theile überlassen war, nicht an, vgl. l. 35 § 1 D. de contr. empt. 18, 1. Das Gleiche galt für Miethkontrakte. Rümelin, Selbstkontrahiren S. 49. Nur actiones praescriptis verbis — nach vorgängiger Erfüllung seitens des Klägers — wurden zugelassen. Die Bestimmung der Societätsantheile konnte dagegen schon nach röm. Rechte dem billigen Ermessen eines Gesellschafters anvertraut werden, l. 6 pro socio 17, 2. Im heutigen Rechte ist die Geltung von Kauf- und Miethverträgen, bei welchen ein Kontrahent den Preis zu bestimmen hat, nicht zu bezweifeln.

8) Vgl. Wiener in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 24 S. 42, R.O.H.G. Bd. 16 S. 427. Unter diesen Voraussetzungen kommt es nicht selten vor, daß derartige Verträge stillschweigend geschlossen werden, indem nur die Verpflichtung des einen Theils, z. B. eines Werkmeisters, nicht aber die Vergütung für das Werk festgesetzt wird.

9) R.O.H.G. Bd. 11 S. 247.

10) Siehe die Anm. 6 abgedruckte l. 76 D. pro socio 17, 2.

11) Vgl. R.G. Bd. 1 S. 343.

§ 16. Unmögliche, unsittliche Versprechen.

Unmögliches kann nicht geleistet, demnach auch nicht geschuldet werden.[1] Dies ist ein Satz zwingender Logik. Das Versprechen einer unmöglichen Leistung ist daher nothwendigerweise nichtig.[2]

Man unterscheidet die Fälle der Unmöglichkeit nach ihrem Grunde.

Die Unmöglichkeit ist *absolut*, wenn sie in der Art der zugesagten Leistung begründet ist, z. B. Geister zu citiren; sie ist *relativ*, wenn die Leistung ihrer Art nach möglich und nur im gegebenen Falle unmöglich ist, z. B. man verspricht ein Pferd, welches bereits todt ist.[3]

Sie beruht ferner entweder auf *Naturgesetzen* oder auf der *Rechtsverfassung*.[4] Letzterer Art ist z. B. das Versprechen einer res extra commercium, ferner der Uebereignung einer Sache an den, welchem sie bereits zu eigen ist; dagegen ist natürlich die Uebertragung ihres Besitzes an den Eigenthümer möglich.[5]

Die Unmöglichkeit ist entweder eine *objektive*, für Jedermann vorhandene, oder eine *subjektive*, in der Person des Gläubigers oder des Schuldners liegende.

Von der *Unmöglichkeit*, auch der subjektiven, ist die *Schwierigkeit* der Erfüllung zu unterscheiden. Dahin gehört Geldmangel des Schuldners. Er hindert die Entstehung einer Geldschuld nicht, auch wenn der Stipulant die Lage des Schuldners kannte. Ein Bettler kann also gültig ein Haus für eine Million kaufen. Er kann Kredit finden oder erben.[6]

---

1) Savigny, O.R. Bd. 1 S. 381. Bd. 2 S. 284, Ude im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 n. 10, 14. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht Bd. 1 S. 1 ff. Zimmermann in Iherings Jahrbuch Bd. 13 n. 8. Hartmann, Obligation S. 166. Hesse im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 258. Brinz Bd. 2 §§ 245 und 246.

2) l. 185 D. de R. J. 50, 17. Celsus libro 8 Digestorum: Impossibilium nulla obligatio est.

3) § 1 I. de inutilibus stipulationibus 3, 19.

4) § 2 I. de inut. stip. 3, 19.

5) l. 82 pr. D. de verb. obl. 45, 1 Ulpianus libro 78 ad edictum: Nemo rem suam utiliter stipulatur, sed pretium rei suae non inutiliter: sane rem meam mihi *restitui* recte stipulari videor.

6) l. 137 § 4 D. de verb obl. 45, 1. Venulejus libro 1 stipulationum: Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. quid ergo, si neque domi habeat, neque inveniat creditorem? sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi . . et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. Daß man derartige „Difficultäten" von subjektiver Unmöglichkeit scharf unterscheiden muß, ergiebt sich daraus, daß die Obligation auch

In der Regel macht es keinen Unterschied, ob die Unmöglichkeit eine nothwendig dauernde, oder eine möglicherweise künftig behebbare ist. Denn was zur Zeit des Vertragsschlusses ungültig versprochen ist, ist für immer ungültig.[7]

Ist jedoch die Erfüllung vertragsmäßig noch aufgeschoben, so genügt, daß sie zu der Zeit möglich ist, in welcher sie zuerst gefordert werden kann, auch wenn sie zur Zeit des Vertragsschlusses nicht möglich war.[8] Beim Versprechen einer res extra commercium litt dies in Rom eine Ausnahme.[9] Derartige Verträge waren schlechthin, auch wenn sie bedingt waren, verpönt, als von böser Vorbedeutung und um deswillen unsittlich. Dagegen heutzutage sind Geschäfte über öffentliche Sachen unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung ihres künftigen Eintrittes in den Verkehr gültig; derzeit wird hierin nichts Ungehöriges gesehen.[10] —

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob das Versprechen von Unmöglichem den Promittenten aus dem Grunde zur Schadloshaltung verbindet, weil er versprochen hat, was zu leisten ihm nicht möglich ist? In dieser Hinsicht ist zu unterscheiden:

A. Die Unmöglichkeit liegt in der Person des Gläubigers. Dann hat der Schuldner — von Dolus abgesehen — nichts zu leisten.[11]

B. Anders, wenn die Unmöglichkeit in der Person des Schuldners oder auf objektiven Gründen beruht.

---

in dem Falle rechtsbeständig begründet wird, wenn der Stipulant das Vorhandensein besagter Difficultäten beim Vertragsschlusse kannte, während er keinen Anspruch hat, wenn er die Unmöglichkeit, die in der Person des Schuldners liegt, beim Vertragsschlusse kannte, wenn er z. B. wissentlich jemanden, der kein französisches Wort versteht, als Lehrer dieser Sprache engagirt.

7) Vgl. oben Bd. 1 § 122 Anm. 1.

8) Vgl. l. 31 D. verb. obl. 45, 1. Pomponius libro 24 ad Sabinum: Si rem meam sub condicione stipuler, utilis est stipulatio, si condicionis existentis tempore mea non sit. l. 98 pr. D. eod.

9) l. 83 § 5, l. 137 § 6 D. de verb. obl. 45, 1. l. 34 § 2 D. de c. e. 18, 1 .. nec enim fas est ejusmodi casus exspectare.

10) Wächter, Pandekten Bd. 2 S. 277 führt aus: „Wie könnte man es bei uns incivile und non fas nennen, wenn ich mit einer Stadt über den Ankauf des städtischen Theaters oder eines Stückes eines Kirchhofes, oder wenn ich mit einem Dritten über diese Objekte, weil wir hören, daß die Stadt sie zu veräußern beabsichtige, ein Rechtsgeschäft schließe." Dies gilt z. B. auch vom Kaufe eines Grundstückes zu Bauplätzen unter der Bedingung, daß die Stadt in die Kassirung eines dasselbe durchschneidenden öffentlichen Weges und Ueberlassung an den Käufer willigt. Der Vertrag wird perfekt, wenn die Abtretung vor der zur Uebereignung des Grundstückes festgesetzten Zeit oder einer sonstigen vertragsmäßigen Frist von der zuständigen Behörde beschlossen wird.

11) l. 34 D. de verb. obl. 45, 1, l. 1 § 10 D. de obl. et act. 44, 7.

Dann ist der Promittent gemäß der Entwickelung des späteren römischen Rechtes regelmäßig zum Ersatze verpflichtet, es sei denn, daß der Stipulant die Unmöglichkeit zur Zeit des Vertragsschlusses kannte oder sie wenigstens verständigerweise kennen mußte.[12]

Insbesondere ist dies bei Käufen und anderen Anschaffungsgeschäften der Fall, auch wenn der Promittent gutgläubig und ohne Verschuldung war.[13]

Man streitet darüber, ob in solchen Fällen dem Stipulanten das

---

12) Ueber die Entschädigungspflicht des Promittenten, wenn in dessen Person die Unmöglichkeit begründet ist, sind die Neueren einmüthig, vgl. Windscheid Bd. 2 § 315 Anm. 3, Hartmann, Obligation S. 222, siehe jedoch auch Mommsen, Beiträge Bd. 3 S. 407.

13) Sehr streitig ist, unter welchen Voraussetzungen der Promittent zur Entschädigung verpflichtet ist, falls die versprochene Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses aus objektiven Gründen unmöglich ist. Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 109 gesteht dies nur im Falle von dolus oder culpa lata des Promittenten zu. Dagegen Savigny, O.R. Bd. 2 S. 290 giebt dem mit der Unmöglichkeit unbekannten Käufer unbedingt einen Entschädigungsspruch. Ihm wirft Windscheid Bd. 2 § 315 Anm. 5 zwar offenbaren Widerspruch mit den Quellen vor, indem er sich selbst durch mancherlei Distinktionen hiervor zu behüten sucht. Doch wird man sich Savigny anschließen müssen, wenn man die historische Entwickelung beachtet. Ursprünglich war die Obligation schlechthin wirkungslos, wenn Unmögliches ihren Inhalt bildete. So war und blieb es auch später bei der Stipulation, abgesehen von dolus, im Falle der Zufügung einer clausula doli. So war es ursprünglich auch beim Kaufe. Es fehlte ein Kaufobjekt, also bestand kein Kauf. Deswegen wurde es nöthig, daß der Prätor in Fällen, in welchen ein „fundus religiosus" als ein privater verkauft war, um dem Käufer zu helfen, eine eigene actio in factum aufstellte. l. 8 § 1 D. de religiosis 11, 7. Aber die freiere spätere Jurisprudenz ging weiter und gab bei dem Verkaufe eines Freien als Sklaven oder einer res extra commercium als einer im Verkehr befindlichen Sache die actio ex empto. Einige Juristen meinten, es sei in solchen Fällen zwar keine emptio vorhanden, aber eine actio ex empto, so Modestinus in der l. 62 § 1 D. de contr. empt. 18, 1; andere deducirten dagegen, es bestehe ein Kauf, weil die actio ex empto des Käufers auf Schadloshaltung zugelassen werde. l. 4 D. de contr. empt. 18, 1. Widersprüche finden sich ferner in den Quellen beim Verkaufe einer nicht existirenden Sache an den nichtwissenden Käufer. Sie sind auf dieselben Gesichtspunkte zurückzuführen. Eine Verpflichtung des Verkäufers zur Schadloshaltung des Käufers bei solchen Verkaufsgeschäften spricht l. 21 pr. D. de a. e. v. 19, 1 und l. 8 und 9 D. de her vel a. vend. 18, 4 aus. An anderen Orten ist hiervon nicht die Rede. So namentlich nicht, falls die Kaufsache zufälligerweise vor Abschluß des Verkaufes ohne Wissen des Verkäufers zu Grunde gegangen war, vgl. l. 57 pr. D. de contr. empt. 18, 1, vgl. auch l. 15 pr., l. 34 § 1 D. eod. Welches Resultat haben wir nun aus dem allen für das heutige Recht zu ziehen? Wir meinen, daß das jüngere sich allmählig herausbildende Princip der Verpflichtung zur Schadloshaltung dessen, der einem Nichtwissenden eine unmöglich zu leistende Sache versprach, nunmehr allgemein durchzuführen ist. Will man so weit nicht gehen, so kann man höchstens auf Grund der l. 57 pr. D. de contr. empt. eine Ausnahme für den Fall zulassen, daß die Sache vor dem Verkaufe zufälligerweise untergegangen war, ohne daß der Verkäufer dies wußte oder wissen mußte. Es läge hierin ein Residuum der älteren Ansicht in einem bestimmten Kreise von Fällen. Ist eine unmögliche Handlung zugesagt, so wird der Promittent in der Regel nur für culpa einzustehen haben, da bei solchen Kontrakten in der Regel kein unbedingtes Einstehen für den Erfolg, sondern nur pflichtmäßiges Bemühen zugesagt wird. Ueber die hier besprochenen Fragen vgl. Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 429, wo auch die Litteratur angeführt ist.

positive oder negative[14] Vertragsinteresse zu ersetzen ist. Das erstere ist das richtige. Denn es ist recht, daß ihm in Gelde werde, was ihm zugesagt ist.

Nichtig sind auch *unsittliche Geschäfte* — contra bonos mores.[15]

Dieser Art sind Geschäfte, die direkt Unsittliches versprechen, z. B. die Beschädigung von Sachen Dritter, wie auch solche, die indirekt eine Unsittlichkeit in sich schließen, indem man Geld oder Geldeswerth zu dem Zwecke verspricht, um Unsittliches hervorzurufen oder zu fördern.

Unsittlich sind insbesondere Geschäfte, welche die Freiheit der Persönlichkeit des Promittenten in übertriebener Weise beschränken oder Entschlüsse erzwingen sollen, die nur der Ausdruck eigener freier Ueberzeugung sein dürfen.[16][17]

---

14) Nur das negative Vertragsinteresse gesteht Windscheid Bd. 2 § 315 Anm. 7 zu. Die Quellen, vgl. l. 7 ff. D. de her. v. act. vend. 18, 4, geben kein bestimmtes Resultat.

15) l. 4 C. de inutilibus stipulationibus 8, 38. Diocletianus et Maximianus .. cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint. l. 26 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 42 ad Sabinum: Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti. Vgl. l. 27 pr., l. 35, l. 123 D. eod.

16) Ungültig ist z. B. das Versprechen, sich niemals selbständig zu etabliren, niemals ein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, R.O.H.G. Bd. 21 S. 262, oder Jemandem den gesammten Ertrag seiner wirthschaftlichen Thätigkeit für immer zu überlassen, R.O.H.G. Bd. 18 S 107. Vgl. Kohler, Abh. S. 62. Lemberg, Beschränkungen d. Handels- und Gewerbefreiheit 1888. Ungültig ist ein Versprechen für die Unterlassung einer Denunciation, R.O.H.G. Bd. 23 S. 226. Dies muß selbst bezüglich der Antragsvergehen gelten. Nur dann wird der Vertrag nicht als ungültig anzusehen sein, wenn er eine Schadloshaltung für die Verletzung durch ein begangenes Vergehen enthält. Nicht jedes Rechtsgeschäft ist übrigens nichtig, wenn es unter Umständen und mit Intentionen abgeschlossen wird, die den so Handelnden straffällig machen, R.G. Bd. 6 S. 170, vgl. auch R.G. Bd. 18 S. 242. Es kann den Intentionen des Strafgesetzes entsprechen, daß das Geschäft Geltung behält, trotzdem daß der dasselbe Schließende der Strafe verfällt.

17) Bei der Frage der Unsittlichkeit eines Geschäftes sind die bestimmenden und offensichtlichen Motive desselben nothwendig mit in Betracht zu ziehen. Gerade sie entscheiden vorzugsweise über die Lauterkeit oder die Unsittlichkeit des Geschäftes. Doch darf dies nicht übertrieben werden. Sonst wäre Vertragstreue und Rechtssicherheit gefährdet. Entferntere, bloß mögliche, vorübergehende Zwecke sind daher regelrecht nicht zu beachten. Eine feste Regel, welche die Grenze zieht, läßt sich schwerlich geben. Juristischer Takt muß uns davor schützen, in Extreme zu verfallen. Der Verkäufer wird z. B. den Verkauf von Mobilien nicht um deswillen anfechten können, weil sie der Käufer zum Ausmöbliren der Wohnung seiner Maitresse bestimmt hat. Vgl. Ravit, über unsittliche Bedingungen und Verträge im Archiv für civ. Praxis Bd. 58 n. insbesondere S. 66. Kohler in Arch. f. bürgerl. R. Bd. 1 S. 359. Schey, Obligationsverhältnisse Bd. 1 S. 149.

§ 17. Intereſſe, Vermögenswerth der Leiſtung.

Unzählige Verſprechen werden täglich gegeben, ohne daß ſie doch klagbar ſein ſollen. Man verſpricht z. B. einem Anderen einen Beſuch, verſpricht, mit ihm zu ſpeiſen, ihn zu wählen. Wo liegt das Kriterium der wahren Obligation?

1. Der Gläubiger muß bei der Leiſtung intereſſirt ſein. Urſprünglich forderte die römiſche Jurisprudenz ein eigenes Vermögensintereſſe des Gläubigers. Dies hielt ſie auch ſpäter bei Stipulationen feſt.[1] Aber bei den bonae fidei judicia ging ſie hierüber hinaus. Auch das Wohl Anderer wird als berechtigtes Intereſſe des Gläubigers behandelt, mag er ihnen aus verwandtſchaftlichen oder ſocialen Rückſichten oder aus Erwägungen der Humanität etwas ausbedingen.[2] Dies gilt heutzutage allgemein.[3]

2. Die Leiſtung muß der Vermögensſphäre angehören.[4] Auch in dieſer Hinſicht iſt die Jurisprudenz nicht bei den alten, engen Schranken ſtehen geblieben. Sie fordert nicht, wie urſprünglich geſchah, daß die Leiſtung das Vermögen deſſen, an den ſie erfolgt, direkt vermehrt. Es genügt, daß es ſich um Dinge handelt, die im Verkehr für Geld zu haben ſind. Das Vermögensintereſſe liegt dann darin, daß der Gläubiger Auslagen erſpart, die er für Beſchaffung des Geſchuldeten aufzuwenden hat, wenn es ihm nicht vertragsgemäß geleiſtet wird.[5]

---

1) l. 38 § 17 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 49 ad Sabinum: Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, vel filius patri stipuletur: inventae sunt enim hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat quod sua interest: ceterum, ut alii detur, nihil interest mea.

2) l. 54 pr. D. mandati 17, 1. Papinianus libro 27 quaestionum .. placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonae fidei judiciis habendam, l. 6 pr., l. 7 D. de servis exportandis 18, 7. Insbeſondere erkannten die Römer die Verbindungskraft eines mandatum aliena gratia an, d. h. eines bloß im Intereſſe eines Dritten gegebenen Auftrages, l. 2 § 2 D. mandati 17, 1, vgl. Ihering in ſeinen Jahrbüchern Bd. 18 S. 61.

3) Das Intereſſe wird ſich meiſt aus dem Vertragsſchluſſe ohne weiteres ergeben. Einen beſonderen Nachweis deſſelben hat der Gläubiger in der Regel nicht zu führen, es ſei denn, daß konkrete Umſtände auf ſein Fehlen hinweiſen.

4) l. 9 § 2 D. de statuliberis 40, 7 .. ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt. Es beziehen ſich alſo die Grundſätze des Obligationenrechts nicht auf Verſprechen, die bloß dem geſelligen Verkehr angehören, z. B. zu einem Diner zu kommen, nicht auf ſolche, die das perſönliche Familienrecht, nicht auf diejenigen, welche die Ausübung politiſcher Rechte betreffen.

5) Verſpricht der Verkäufer, oder wer ſonſt Verbindlichkeiten für Geld übernimmt, bei Gelegenheit des Hauptvertrages Leiſtungen, welche eine pekuniäre Schätzung nicht zulaſſen, ſo kann der Käufer im Falle ihrer Nichterfüllung auf Kürzung des

Nicht Wenige gehen weiter und behaupten, ohne Rückſicht auf Vermögenswerth erzeuge heutzutage jedes Verſprechen einer Leiſtung eine bindende und klagbare Obligation, ſofern es ſich nicht um bloße Launen handle.

Dies entſpricht aber nicht dem poſitiven Rechte und verkennt, daß ein Kriterium dafür nöthig iſt, was im Rahmen einer klagbaren Verbindlichkeit liegt und was bloß ethiſche Pflicht oder gar nur Höflichkeit iſt. Eine ſichere Grenze iſt im gemeinen Rechte, wo es an einer Form für die Eingehung von Obligationen fehlt, von ganz beſonderer Bedeutung.[6]

Geldpreiſes klagen, und umgekehrt hat der Käufer einen höheren Preis, als er zuſagte, zu leiſten, wenn er Verbindlichkeiten nicht pekuniärer Art neben dem Kaufpreis verſprach und nicht erfüllt. Denn der Kaufpreis gilt als mit Rückſicht auf jene Verbindlichkeiten gemehrt oder gemindert. Hiervon geht Papinianus libro 27 quaestionum bei Beurtheilung einer Zuſage des Käufers eines Sklaven aus, welche dieſem zur Strafe gereicht. l. 6 § 1 D. de servis exportandis 18, 7: Nobis aliquando placebat non alias ex vendito propter poenam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniae ratione venditoris interesset, veluti quod poenam promisisset: ceterum viro bono non convenire credere venditoris interesse, quod animo saevientis satisfactum non fuisset. sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur, vgl. l. 10 D. eod., l. 79 D. de contr. empt. 18, 1.

6) Von dem Erforderniſſe eines Vermögenswerthes der Obligation will namentlich abſehen Windſcheid Bd. 2 § 251 Anm. 3 und Ihering in ſeinen Jahrbüchern Bd. 18 S. 43, ſowie Regelsberger bei Endemann, Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 472. Daß das röm. Recht auch in ſeiner jüngſten Geſtalt an dem Erforderniß eines Vermögenswerthes feſthielt, dies beweiſt vorzugsweiſe die oben Anm. 5 abgedruckte, von Ihering für das Gegentheil benutzte l. 6 § 1 D. de serv. exp. 18, 7. Denn die Argumentation Papinians dreht ſich einzig darum, ob nicht wenigſtens *mittelbar* ein Vermögensintereſſe bei dem bezüglichen Vertrage beſtehe. Daraus, daß die röm. Juriſten der ſpäteren Zeit das Erforderniß des Vermögensintereſſes in einer feinen Weiſe handhabten, ergiebt ſich gerade, daß ſie es nicht über Bord geworfen haben. — Die röm. Theorie der Obligation iſt zweifelsohne recipirt, und damit auch das Erforderniß des Vermögensintereſſes. Weder ein Geſetz noch ein Gerichtsgebrauch, der dies beſeitigte, iſt nachzuweiſen. Daß nach der heutigen Ordnung der Zwangsvollſtreckung auch Verſprechen nicht pekuniärer Art vollſtreckt werden können, beweiſt nichts dafür, daß ſich der Obligationsbegriff verändert hat. Unbegründet iſt der Vorwurf, daß unſere Anſicht nur geldwerthe Güter, nicht andere, zum Theil höhere, des rechtlichen Schutzes würdig erachte. Unbezweifelt iſt, daß es nichtobligatoriſche Anſprüche giebt, die einklagbar ſind, obgleich ſie kein Vermögensintereſſe haben, z. B. Verlöbniſſe oder der Anſpruch auf Auslieferung unſerer uns vorenthaltenen Ehefrau oder Kinder. Nur das Beſtehen von *Obligationen* ohne Vermögensintereſſe wird geleugnet. Es verſpricht z. B. der Bräutigam ſeiner Braut ernſtlichſt, den gewohnten Club nicht mehr zu beſuchen, oder der ſchwächliche Bruder dem Bruder feierlichſt, keine Cigarren mehr zu rauchen. Sollten derartige Verſprechen klagbar ſein und durch richterliche Strafauflagen erzwungen werden? Vgl. Laband im Archiv für civ. Praxis Bd. 73 S. 171. Pothier, traité des obligations p. 1 ch. 1 § 138 und die bei Haſenöhrl S. 22 Anm. 79 Citirten. Siehe auch Kuntze, Obligationen 1886 S. 122. Wendt, Pand. § 186. Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 73 S. 370.

§ 18. Verträge zu Gunsten Dritter.[1]

Verträge nennt man „zu Gunsten Dritter", wenn sich der Stipulant Leistungen an einen Dritten ausbedingt, so daß auch diesem deren prozessualische Geltendmachung offen stehen soll.[2]

Das ältere römische Recht verwarf derartige Verträge schlechthin. Man versagte dem Stipulanten die Klage aus solchen Kontrakten, weil ihm das eigene pekuniäre Interesse fehlte, welches für die Begründung einer Obligation als nothwendig galt, und verweigerte sie auch dem Dritten, weil dieser nicht der Mitkontrahent war.[3]

Dies erlitt aber im späteren römischen Rechte wesentliche Modifikationen. Und im heutigen Rechte ist die Regel eine andere geworden.

1. Schon in Rom erkannte man an, daß der Stipulant ein Klagerecht auf die Leistung an den Dritten dann erlange, wenn er an derselben mittelbar ein pekuniäres Interesse habe, wenn er z. B. die Zahlung seiner Schuld an seinen Gläubiger stipulirt hatte.[4] Noch weiter ging man bei den bonae fidei judicia. Im heutigen Rechte genügt aber allgemein auch ein nicht pekuniäres Interesse, um dem Stipulanten ein Klagerecht zu gewähren, z. B. wenn der Fabrikherr zu Gunsten seiner Arbeiter oder der Menschenfreund zu Gunsten der Armen geldwerthe Leistungen ausbedingt.

2. Man gab schon in Rom dem Dritten in mehreren Fällen eine actio utilis, um die Leistung für sich zu erzwingen. Dies namentlich, wenn

---

1) Ausführliche Dogmengeschichte der Verträge zu Gunsten Dritter giebt Gareis: die Verträge z. G. D. 1873 S. 51 ff. Neuere Bearbeitungen sind von Stobbe, P.R. Bd. 3 S. 172; Regelsberger in Endemanns Handb. des Handelsr. Bd. 2 S. 473; Bähr, Urtheile des R G. S. 70; Regelsberger im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 n. 1 und Bähr ebendaselbst n. 5; Danz, Forderungsüberweisung S. 120.

2) Von den Verträgen zu Gunsten Dritter sind zu unterscheiden die durch Stellvertreter geschlossenen Verträge. Denn bei der direkten Stellvertretung wird nur der Vertretene berechtigt, nicht der Vertreter, bei der indirekten nur der Vertreter, nicht der Vertretene. Sie sind also, wie Zimmermann negotiorum gestio S. 84 sich ausdrückt, „einschichtige", nicht wie Verträge z. G. D. „zweischichtige" Geschäfte.

3) l. 11 D. de obl. et act. 44, 7. Paulus libro 12 ad Sabinum: Quaecumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant inanem actum nostrum efficiunt: et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere ut alter suo nomine recte agat, possumus, l. 38 § 17 D. de verb. obl. 45, 1, vgl. oben § 17 Anm. 1. In diesem Sinne reskribiren noch Diocletian und Maximian in der l. 26 C. de jure dotium 5, 12.

4) l. 33 §§ 20 ff. D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 42 ad Sabinum: Si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur. et ait Marcellus stipulationem valere .. § 20 I. de inut. stipulat. 3, 19. Vgl. ferner oben § 17 Anm. 3.

der Schenker dem Beschenkten bei der Schenkung die Herausgabe des Geschenkten oder eine andere Leistung an einen Dritten auferlegt hatte.[5]

Auch Verträge über Leistungen an die Erben des Stipulanten oder einen seiner Erben, die noch im klassischen Rechte nicht klagbar waren, erhielten durch Justinian volle Wirksamkeit.[6]

Nach heutigem gemeinen Recht gilt der *Dritte* stets als befugt, aus Verträgen zu seinen Gunsten selbständig zu klagen, sofern dies *durch den Vertrag bezweckt war*.[7]

a) In Folge dessen entsteht aber die schwierige Frage, wann der Dritte bloßer *Destinatär* ist, welcher zum Empfang der Leistung, aber nicht zur Klage berechtigt ist, und wann er auch seinerseits *klagen kann*? Die Kontrahenten selbst werden sich fast niemals hierüber besonders aussprechen. Der Richter ist daher auf die Wür-

5) l. 3 C. de donat. quae sub modo 8, 54. Eine actio utilis aus Kontrakten Dritter hatten ferner a) die Frau und deren Kinder, wenn ihnen ihr Ascendent bei Bestellung einer Dos deren Rückgabe stipulirt hatte, l. 45 D. sol. matr. 24, 3, l. 7 C. de pact. convent. 5, 14; b) der Eigenthümer einer Sache, welche ein Dritter deponirte oder verlieh unter der Abrede, daß sie dem Eigenthümer restituirt werden solle, l. 8 C. ad exhibendum 3, 42; c) der Verpfänder, welchem der Pfandgläubiger beim Pfandverkauf die Wiedereinlösung der Pfandsache vorbehielt, l. 13 pr. D. de pigneraticia actione 13, 7.

6) Ein altes, formales Dogma war gewesen „ab heredibus incipere obligationes non posse." Dasselbe stand im Widerspruch mit sehr berechtigten menschlichen Zielen und wurde daher längst unterminirt und umgangen, vgl. Gajus III. § 100, ehe es Justinian in der l. un. C. ut actiones et ab herede et contra heredem incipiant 4, 11 geradezu wegräumte. Vgl. Scheurl, Beiträge Bd. 1 n. 3.

7) Sehr bestritten ist, unter welchen Voraussetzungen der Dritte ein Klagerecht hat, nicht weniger, welchen Charakters dasselbe ist. Vielverbreitet war früher die Ansicht, daß der Dritte ein Klagerecht nur erhalte, wenn er auf Aufforderung des Stipulanten dem Vertrag *beitrete*. Diese Theorie ist in neuere Gesetzgebungen übergegangen. Es ist auch kein Zweifel, daß, wenn ein derartiger Beitritt erfolgt, dem Dritten ein Klagerecht zusteht. Aber eine Aufforderung zum Beitritt und der Beitritt des Dritten ist im Leben etwas Seltenes. Und doch steht für viele Fälle das Klagerecht des Dritten fest. Was sind also dessen Kriterien? Regelsberger im Archiv für civ. Praxis a. a. O. S. 4 nimmt an, es sei durch die *Absicht der Kontrahenten* bedingt, aus ihrem Geschäfte und durch ihr Geschäft dem Dritten eine Forderung auf Erfüllung gegen den Versprechenden zuzuwenden, vgl. R.G. Bd. 2 S. 54, Bd. 7 S. 131. Nicht nothwendig sei aber, daß diese Absicht bei der Verabredung einen besonderen Ausdruck gefunden habe, es genüge, daß sie aus den Umständen erhelle. Hiergegen wendet sich Bähr im Archiv für civ. Praxis a. a. O. S. 163. Es komme niemals vor, führt er aus, daß die Parteien sich über eine solche Absicht oder Nichtabsicht bei der Stipulation der an den Dritten zu machenden Leistung aussprächen, ebenso wenig beständen in der Regel besondere „Umstände", aus denen sich etwas über eine solche Absicht ergäbe. — Man mag zugestehen, daß in der Formulirung von Regelsberger zu ausschließlich der besondere Wille der Kontrahenten betont ist, während für die Rechtsprechung vorzugsweise die typische Art des Geschäftes und seiner Zwecke in das Gewicht fällt. Aber die Unterscheidung von Geschäften, bei welchen der Dritte nur befugt ist, die Leistung zu *empfangen*, und solchen, bei welchen er auch berechtigt ist, sie *einzuklagen*, entspricht der bestehenden Verschiedenheit der Thatsachen. Sie mag schwierig sein, aber sie ist gegeben.

digung der Zwecke des Geschäftes und der hiernach zu ermittelnden Absicht der Vertragsschließenden angewiesen. Seine Aufgabe wird ihm erleichtert dadurch, daß sich gewohnheitsmäßig die Klageberechtigung des Dritten aus gewissen Arten von Verträgen festgestellt hat. Dies ist der Fall bei den Gutsabtretungsverträgen, bei welchen der Veräußerer des Gutes zu Gunsten seiner Kinder oder Frau oder anderer ihm nahestehender Personen Abfindungen stipulirt,[8] ferner bei Lebensversicherungen zu Gunsten Dritter.[9]

Auch der in einem Frachtbriefe bezeichnete Adressat einer Frachtsendung hat ein Klagerecht auf Aushändigung des Gutes nach dem Gesetze, wenn der Frachtführer am Orte der Ablieferung angekommen ist und den Frachtbrief dem Adressaten übergeben hat.[10] Der Adressat einer Postsendung dagegen hat kein Klagerecht auf deren Auslieferung.

b) Zweifelhaft ist ferner, ob und wie lange die Klausel zu Gunsten des Dritten ohne sein Zuthun aufgehoben werden kann? Auch in dieser Beziehung ist auf die Eigenart des fraglichen Geschäftes zurückzugehen. Lebensversicherungen zu Gunsten eines Dritten kann der Versicherungsnehmer, solange er lebt, aufheben und auch Anderen zuwenden; das Gleiche ist für Abfindungen aus Gutsabtretungsverträgen anzunehmen. Das Recht des im Frachtbriefe bezeichneten Adressaten am Frachtgute ist ein festes, sowie ihm der Frachtführer den Frachtbrief nach Ankunft des Gutes am Orte der Ablieferung übergeben hat.

c) Das Klagerecht des Dritten wurzelt im Vertrage, ist von dessen Geltung abhängig und unterliegt auch den Modifikationen, welche die Kontrahenten bezüglich der Vertragsbedingungen trafen, ehe das Recht des Dritten ein unwiderrufliches wurde.

Aber es ist doch ein selbständiges Recht, nicht bloß die cedirte Forderung des Stipulanten. Daher kann unter anderem der Adressat des Frachtbriefes im Falle der Nichtablieferung der Waare nicht bloß den Schaden des Absenders, sondern auch den eigenen liquidiren.[11]

---

8) Dies steht in Theorie und Praxis fest. Vgl. Stobbe, P.R. Bd. III S. 122, R.G. Bd. 2 S. 277 und dort Citirte.

9) Vgl. R.G. Bd. 1 S. 379 und dort Citirte R.G. Bd. 11 S. 174, Bd. 16 S. 126; Windscheid Bd. 2 § 317 Anm. 14, Pfizner im Arch. f. civ. Pr. Bd. 72 S. 49.

10) H.G.B. Art. 405. R.O.H.G. Bd. 4 S. 359 ff. Vgl. aber Goldschmidt, H.R. Bd. 2 S. 749.

11) Manche nehmen an, der Dritte sei nur befugt, das Forderungsrecht des Stipulanten geltend zu machen. Seine Klage sei eine actio utilis, d. h. die des Stipulanten, vgl. Bähr a. a. O. Das Richtige ist wohl: der Dritte macht sein eigenes Recht aus dem Kontrakte geltend. Deshalb unterliegt er auch nicht Kompensationseinreden aus anderen Geschäften, die dem Stipulanten entgegenstünden.

Fünftes Kapitel.

Die Arten obligatorischer Geschäfte.

§ 19. Einseitig und gegenseitig verpflichtende Geschäfte.

Die einfachsten Kreditverhältnisse, insbesondere die Darlehen begründen *einseitige* Obligationen, so daß nur der eine Theil Gläubiger, nur der andere Schuldner aus dem Geschäfte wird.

Diese Form suchten die Römer auch dann den Obligationen thunlichst aufzuprägen, wenn es sich in der That um einen Komplex gegenseitiger Ansprüche handelte. Hierzu dienten ihnen die Stipulationen. Heutzutage benutzt man zu ähnlichen Zwecken den Wechsel, welcher gleichfalls nur eine streng einseitige Verpflichtung begründet.

Aber auch *gegenseitige* Obligationen erhielten Anerkennung, bei denen *jeder Theil* zugleich *Gläubiger* und *Schuldner* ist.

Es giebt zwei Kategorien derartiger Geschäfte:

a) Die *synallagmatischen Verträge* begründen einen *Austausch* gegenseitiger Verbindlichkeiten, welche beide für das Geschäft gleich wesentlich sind.[1] Kauf, Miethe und Gesellschaftsvertrag gehören hierher.

b) Bei einer zweiten Kategorie gegenseitig verpflichtender Geschäfte werden *Hauptverpflichtungen* und *Gegenverpflichtungen* unterschieden. Die erstere dient der Verwirklichung des Hauptzweckes des Geschäftes, die andere ist von mehr untergeordneter Bedeutung für diesen Zweck. So ist es z. B. beim Mandat, beim Depositum. Für die Hauptverpflichtung besteht die actio directa, für die Nebenverpflichtung die a. contraria.[2]

Aber er klagt aus dem Geschäfte. Er kann sich daher den Einreden aus demselben, z. B. der exceptio non adimpleti contractus nicht entziehen.

1) Vgl. l. 7 § 2 D. de pactis 2, 14, l. 19 D. de V. S. 50, 16.

2) Manche, z. B. Puchta, Pand. § 232 und Windscheid Bd. 2 § 320, betrachten die Obligationen mit actiones contrariae als „einseitige" des Hauptverpflichteten, indem sie die Obligirung des anderen Theiles als etwas bloß Mögliches und Nachträgliches betrachten. Dies ist unzutreffend. Der Kontrakt begründet eine *Haftung des Gegenverpflichteten* wie des Hauptschuldners; nur das ist ungewiß, ob sich aus ihr *klagbare Schulden* entwickeln. Vgl. Brinz Bd. 2 S. 57; dagegen wieder Rümelin im Archiv für civ. Praxis Bd. 68 S. 163. Manche Schriftsteller sprechen von contractus inaequales bilaterales, Neuere zuweilen von „unvollkommen" zweiseitigen Verträgen.

§ 20. Die synallagmatischen Geschäfte insbesondere.

Den synallagmatischen Geschäften ist wesentlich, daß Versprechen gegen Versprechen ausgetauscht wird.

Es besteht auch eine gewisse gegenseitige Abhängigkeit der aus ihnen entspringenden gegenseitigen Obligationen.

Wie weit? Dies ist eine feine und wichtige Frage. Denn es kreuzen sich die Erwägungen.

Je selbständiger die beiderseitigen Obligationen sind, desto größer ist ihr besonderer Werth, desto leichter ihre Realisirung und prozessualische Durchführung, desto näher liegt aber auch die Gefahr, daß der eine Theil sich auf Kosten des anderen bereichere.

Das entwickelte römische Recht hielt sich von Extremen fern, indem es — abgesehen von den Miethverträgen, die einer eigenartigen Behandlung unterlagen — folgende Grundsätze durchführte:

a) Mit dem Abschlusse des synallagmatischen Vertrages — insbesondere des Kaufgeschäftes — erhält jeder der Kontrahenten einen selbständigen und klagbaren Anspruch auf die ihm versprochene Leistung.

b) Wer jedoch selbst vertragswidrig aus dem Geschäfte nicht erfüllt, wird durch exceptio zurückgewiesen, falls er vom Gegentheile Erfüllung einklagt.

Viele Neuere gehen weiter und behaupten als Regel, daß jeder der Kontrahenten nur auf Austausch der Leistungen klagen könne. Sein Klagerecht sei also bedingt durch die Leistung von seiner Seite.[1]

1) Einige Schriftsteller behaupten, daß aus den synallagmatischen Kontrakten nur eine Obligation entspringe, die aus einem Gemische von Ansprüchen und Gegenansprüchen bestehe, daß daher nicht die einzelne Leistung, auf welche das Desiderium des Klägers gerichtet sei, sondern der ganze Umfang des Geschäftes in den Prozeß übergehe. So namentlich Gans, Obligationenrecht: über bonae fidei und stricti juris actiones S. 108 und Liebe, Stipulation S. 248. Vgl. auch Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 151: „Forderungen und Gegenforderungen sind verwachsen wie Glieder eines Leibes, sind Theile eines Ganzen." Gemäßigter ist Keller in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 n. 11. Nach ihm erwachsen aus dem synallagmatischen Kontrakte zwar einseitige und selbständige, jedoch wechselseitig bedingte Ansprüche, so daß jeder Theil die Gegenleistung gegen Angebot der ihm obliegenden Leistung fordern könnte. Gegen Keller erklärte sich bald W. A. Puchta in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 n. 5 sowie Bekker ebendaselbst n. 6, vgl. auch Bekker, Aktionen Bd. 1 S. 368. Siehe ferner Dernburg, Kompensation S. 63 und Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 540. Bechmann unterscheidet eine „genetische" Zweiseitigkeit des Kaufs, wonach er Austausch und Umsatz zweier gegenseitiger Versprechen ist, also auf Begründung von Gegenforderungen beruht, die bei ihrer Entstehung konnex sind, und die „funktionelle" Zweiseitigkeit, wonach die gegenseitigen Obligationen in ihrer Wirkung von einander abhängen. Er bemerkt mit Recht: „Nichts kann gewisser sein, als daß Kauf und Miethe in diesem Sinne ursprünglich keine zweiseitigen Geschäfte waren." Ebenso erklärt er mit Grund die mehrfach aufgestellte Behauptung, daß zu irgend einer Zeit der Kauf eine formula duplex erzeugt habe: „quidquid alterum alteri dare

Eine so scharfe Accentuirung der gegenseitigen Abhängigkeit der Ansprüche steht jedoch im Widerspruche mit der Geschichte der römischen synallagmatischen Verträge und verdunkelt das Verständniß wichtiger Sätze des geltenden Rechtes.

Das römische Recht ging historisch und dogmatisch von der Selbständigkeit gegenseitiger Obligationen aus.

Wir besitzen ein sicheres Zeugniß dafür, daß noch in den letzten Zeiten der Republik der Verkäufer auf den Kaufpreis und der Käufer auf die Waare klagen konnten, ohne die Einrede fürchten zu müssen, daß sie selbst noch nicht geleistet hätten.[2] Dies entsprach dem Charakter des alten Rechtes, welches mehr Gewicht auf rasche Erledigung der Ansprüche als auf die möglichste Sicherung gegen die Gefahr einer etwaigen Uebervortheilung legte.

Jedoch gewährte der Prätor die exceptio mercis non traditae, wenn argentarii, welche Auktionen veranstaltet hatten, von den Steigerern die Kaufpreise einforderten, ehe sie die verkauften Waaren lieferten. Dieses war singuläres Recht gegenüber den Wechslern, gegen welche sich die Römer überhaupt durch vielerlei besondere Rechtsmittel zu wappnen suchen.[3] Aber die Jurisprudenz der Kaiserzeit gewährte aus Billigkeit jedem Käufer in entsprechenden Fällen die exceptio mercis non traditae oder doli und gab ähnliche Befugnisse dem Verkäufer.

Nicht um Rüge fehlender Klagbedingungen handelte es sich hierbei. Denn unzweideutig bezeichnen die Römer den Einwand als exceptio — als Gegenrecht.[4]

---

facere oportet" für völlig grundlos, ja unmöglich. Auch Lenel, edictum perpetuum erwähnt mit Recht eine solche actio empti venditi nicht. Daß sie der vorhadrianischen Zeit angehörte und später verschwand, ist vollends unglaublich. Denn die Entwickelung ging dahin, die alte spröde Einseitigkeit zu mildern, nicht aber eine angebliche frühere Zweiseitigkeit abzustoßen.

2) Varro, de re rustica II, 2 § 6 fährt, nachdem er vom Kaufabschlusse mit Gewährleistungsversprechen gehandelt hat, fort: Quum id factum est, tamen grex dominium non mutavit, nisi si est adnumeratum. Nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solverit nummos, ut ille emptorem simili judicio si non reddet pretium.

3) Gajus Inst. IV. § 126: Item si argentarius pretium rei, quae in auctione venierit, persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, „si ei res, quae emitur, tradita est"; et est justa exceptio. Daß die exceptio gegen die Klagen der argentarii aufgestellt war, hat Lenel, edictum S. 402 besonders hervorgehoben.

4) Das Gewicht der Thatsache, daß es einer exceptio bedurfte, um den Käufer zu schützen, welcher vom Verkäufer, der noch nicht geliefert hatte, auf den Kaufpreis belangt wurde, empfinden die Gegner wohl. Sie suchen sie aber durch die Behauptung zu beseitigen, daß der Kaufpreis in der Mehrzahl der bezüglichen Stellen nicht aus dem Kaufvertrage, sondern aus einer Stipulation oder einem

Die Grundauffassung der römischen synallagmatischen Verträge tritt in folgenden Lehren hervor.

1. Es gilt der Rechtssatz „periculum est emptoris“. Demgemäß muß der Käufer den **Kaufpreis auch dann entrichten**, wenn die **Kaufsache nach der Perfektion des Kaufvertrages**, noch ehe es zur Tradition der Sache kam, **durch Zufall untergegangen** ist, so daß sie nicht geleistet werden kann.[5]

Mit der Theorie, daß aus synallagmatischen Kontrakten jeder Theil nur verbunden sei, gegen Angebot der Gegenleistung zu leisten, daß also die Obligation auf einen Austausch der gegenseitig versprochenen Leistungen gerichtet sei, ist dies unvereinbar. Alle Versuche, von dieser Theorie aus den Uebergang der Gefahr auf den Käufer mit dem Kaufabschlusse zu erklären, mußten nothwendig scheitern. Denn der Widerspruch ist handgreiflich und kann nur mühsam und in gekünstelter Weise beseitigt werden.[6]

Von unserem Standpunkte aus erklärt sich der römische Satz von selbst. Der Käufer hat den Kaufpreis versprochen. Er muß ihn zahlen. Er könnte der Klage eine Einrede entgegenstellen, wenn ihm der Verkäufer **vertragswidrig** die Waare nicht leistete. Aber dies ist hier nicht in Frage. Die Waare ist untergegangen, und zwar durch Zufall. Der Verkäufer ist in Folge dessen von seiner Verpflichtung befreit.

Litteralkontrakte, der über denselben geschlossen worden sei, gefordert wurde, wogegen denn eine exceptio unentbehrlich gewesen sei. Doch in den betreffenden Stellen ist gerade hiervon nichts gesagt. Man mag das Dazwischenliegen einer Stipulation in l. 25 D. de a. e. v. 19, 1 vermuthen, in l. 5 § 4 D. de doli mali exceptione 44, 4 behaupten, obgleich beides auf entschiedene Bedenken stößt. Jedenfalls ist diese Ausrede ausgeschlossen gegenüber l. 5 C. de evictionibus 8, 44 Antoninus: Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur: idem fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris. Die Klage des Verkäufers aus dem Kaufgeschäfte geht also nicht auf Austausch der Leistungen, sondern auf den versprochenen Preis schlechthin. Der Käufer entnimmt nur aus der Nichtleistung des Klägers eine auf Billigkeit gestützte Einrede. Allerdings stützen sich die Gegner auf Ulpianus libro 32 ad edictum l. 13 § 8 D. de act. e. v. 19, 1: Offerri pretium ab emptore debet. cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem, quam vendidit. Auch diese Stelle weist aber darauf hin, daß es sich um ein Gegenrecht des Beklagten handelt. Siehe Heerwart im Archiv für civ. Praxis Bd. 7 S. 314. Vgl. überhaupt zur Geschichte der exceptio Dernburg, Kompensation S. 68 und Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 568, siehe ferner André, die Einrede des nicht erfüllten Vertrages 1890 § 5.

5) Vgl. unten § 96. Ueber die Miethe vgl. unten § 110 und § 111.

6) Der Satz „periculum est emptoris“ ist in der Lehre vom Kaufe des Näheren zu erörtern. Die Ansichten über den Grund des Satzes stellt am besten zusammen Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse 1885 S. 5 ff.

Seinem Anſpruche auf den Kaufpreis ſteht nichts im Wege. Alſo trägt der Käufer die Gefahr.[7]

2. Da die ſynallagmatiſchen Verträge auf einem Austauſche *gegenſeitiger Verſprechen, nicht* gegenſeitiger *Obligationen* beruhen, ſo mußte ſich die Möglichkeit von *hinkenden Verträgen* — negotia claudicantia — ergeben, bei welchen aus *dem zweiſeitigen Geſchäfte doch nur ein Theil berechtigt* und *nur einer verpflichtet* iſt. Schließt insbeſondere ein *Unmündiger* einen ſynallagmatiſchen Vertrag ohne Genehmigung ſeines Vormundes ab, ſo wird er aus demſelben berechtigt, weil er ſelbſtändig Rechte aus Verträgen erwirbt, aber er iſt nicht zur Gegenleiſtung verbunden, weil er ſich nicht ſelbſtändig durch Rechtsgeſchäfte verpflichten kann.[8] Freilich kann er das ihm Verſprochene nur *erzwingen, wenn er die Gegenleiſtung ſeinerſeits anbietet*, denn es wäre dolos, ein Geſchäft für ſich geltend zu machen, das man nicht zugleich gegen ſich gelten läßt.[9] Aber klagen kann doch nur er: der andere Theil hat daher jederzeit zur Leiſtung bereit zu ſein, ohne ſeinerſeits klagen zu können. Freilich iſt in Folge deſſen ſeine Lage eine ſehr ungünſtige.[10]

---

7) Gegen die hier vertretenen Grundſätze ſpricht nicht die l. 50 D. de a. e. v. 19, 1. Labeo libro 4 posteriorum, ſie enthält vielmehr deren Beſtätigung. Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicujus legis beneficio pecuniam rei venditae debere desiisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compellatur et re sua careret. Labeo faßt Schuldengeſetze — novae tabulae — in das Auge, welche einen Erlaß der Geldſchulden ausſprechen, wie ſolche in der republikaniſchen Zeit mehrfach vorkamen. Dann kann der Verkäufer zur Tradition der Kaufſache nicht gezwungen werden, wenn ihm nicht der volle Kaufpreis angeboten wird. Dies rechtfertigt ſich dadurch, daß der Käufer *gegen den Kaufvertrag handelt*, wenn er von der Wohlthat des Schuldengeſetzes Gebrauch macht. Vgl. Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 598.

8) l. 13 § 29 D. de act. empti vend. 19, 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus: nam qui emit, obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. Vgl. pr. I. de auctoritate tutorum 1, 21. Ein weiterer Fall des negotium claudicans iſt, wenn eine geſtohlene Sache verkauft wird und nur der Käufer, nicht der Verkäufer den Diebſtahl kannte. Hier entſteht ein Klagerecht des Verkäufers auf Zahlung des Preiſes, aber kein Klagerecht des doloſen Käufers. l. 34 § 3 D. de contr. empt. 18, 1. Ueber die negotia claudicantia vgl. Brandis in Lindes Zeitſchrift Bd. 7 S. 149 ff., Dernburg, Kompenſation S. 71 ff., ferner die bei Arndts § 234 Anm. 4 Citirten.

9) Die Anſicht, daß dem aus dem ſynallagmatiſchen Vertrage einſeitig Verpflichteten ein Retentionsrecht bis zum Angebot der Gegenleiſtung ſeitens des an und für ſich nicht verpflichteten Mitkontrahenten zuſtehe, vertrat vorzugsweiſe Paulus, vgl. l. 7 § 1 D. de resc. vend. 18, 5 und die anderen bei Dernburg, Kompenſation S. 74 Anm. 2 angeführten Stellen. Ulpian hatte dieſe Auffaſſung offenbar noch nicht, ſonſt hätte er dieſe wichtige Modifikation in der oben Anm. 8 abgedruckten Stelle nicht übergehen können.

10) Zweckmäßiger beſtimmt das für die preuß. Monarchie erlaſſene Geſetz über die Geſchäftsfähigkeit Minderjähriger v. 12. Juli 1875, daß, wer mit einem Minderjährigen kontrahirt hat, der ohne Zuſtimmung ſeines Vormundes handelte, den Vor-

§ 21. Einrede des nichterfüllten Vertrages.[1]

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages — exceptio non adimpleti contractus — ist von großer praktischer Wichtigkeit. Sie kann bei allen synallagmatischen Verträgen vorkommen.[2] Sie hat besondere Eigenthümlichkeiten, — vor allem bezüglich des Beweises.[3]

In der Regel liegt dem Kläger der Beweis ob, wenn er sie abwenden will, nicht, wie bei anderen Einreden, dem Beklagten, welcher sie vorschützt. Behauptet der Kläger nämlich, sie greife um deswillen nicht Platz, weil der Beklagte vor ihm zu leisten habe, so muß er dies aus dem Grunde beweisen, weil Leistung Zug um Zug bei synallagmatischen Kontrakten — von Miethkontrakten abgesehen — die Regel ist. Leugnet der Kläger aber die Einrede aus dem Grunde, weil er seiner Verbindlichkeit bereits Genüge geleistet habe, so muß er nicht minder seine Behauptung beweisen. Denn es ist allgemein Sache des Schuldners, in Streitfällen nachzuweisen, daß er erfüllt habe.[4]

Eine zweite Eigenthümlichkeit ist, daß diese Einrede nicht nothwendig zur Abweisung der Klage, auch nicht zur Abweisung angebrachtermaßen führt. Denn unzweckmäßig wäre es, den Kläger, nachdem die Entscheidung über Klage und Einrede spruchreif ist, mit der Klage abzuweisen, damit er dann unter Angebot der von ihm zu machenden Leistung aufs Neue klage. Daher hat im Falle der Begründetheit der Einrede auf den eventuellen Antrag des Klägers Verurtheilung des Beklagten unter der Bedingung gleichzeitiger Leistung des Klägers zu erfolgen.[5]

---

mund auffordern darf, die Genehmigung zu ertheilen. Verweigert daraufhin der Vormund die Genehmigung, oder erklärt er sich binnen 14 Tagen nicht, so wird der Mitkontrahent auch seinerseits frei.

1) Ueber die Entwickelung der exceptio non adimpleti contractus vgl. oben § 20; über ihren Charakter als Einrede siehe namentlich Heerwart im Archiv für civ. Praxis Bd. 7 n. 18, Bd. 14 n. 9, Bd. 18 n. 15; zudem die bei Windscheid Bd. 2 § 321 Anm. 2 Citirten und André a. a. O. § 5.

2) Vgl. F. Zimmermann über die Statthaftigkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegenüber der actio pro socio im Archiv für civ. Praxis Bd. 54 n. 12.

3) Bruck, Beweislast hinsichtlich der Beschaffenheit des Kaufgegenstandes 1874.

4) Vgl. oben Bd. 1 159.

5) Wendet der Beklagte gegen den eventuellen Antrag des Klägers ein, daß er die Nachlieferung als verspätet nicht mehr anzunehmen habe, und verlangt er daraufhin definitive Abweisung der Klage, so hat der Richter zuvörderst über das Petitum unbedingter Verurtheilung zu entscheiden, dann aber, wenn dasselbe abzuweisen ist, was durch Theilurtheil geschehen kann, über die Frage der Zulässigkeit einer Nachlieferung zu erkennen und die eventuelle Verurtheilung für den Fall dieser Zulässigkeit auszusprechen. Vgl. die bemerkenswerthe Ausführung von André a. a. O. S. 129.

Festzuhalten ist bei dem allen, daß es sich um eine aufschiebende Einrede handelt. Wer daher in dem irrigen Glauben, daß der andere Theil bereits geleistet habe, seinerseits erfüllte, ist nicht zur Rückforderung mit der condictio indebiti befugt. Denn er leistete, was er schuldig war.[6] Daher bleibt ihm nur die Klage auf die kontraktmäßig geschuldete Gegenleistung. Und vollends ist klar, daß, wer in der Erwartung der nachfolgenden Leistung des anderen Theiles erfüllte, nicht zurückfordern kann, wenn diese Erwartung getäuscht wird. Denn indem er leistete, ohne auf gleichzeitiger Gegenleistung zu bestehen, hat er kreditirt. Nur wenn er verleitet durch falsche Vorspiegelungen erfüllte, steht ihm eine Rückforderung wegen des Dolus offen.[7]

Neben der exceptio non adimpleti contractus findet sich die exc. non rite adimpleti contractus. Hierunter wird jedoch in der Praxis sehr Verschiedenes zusammengefaßt.[8]

a) Nur eine Unterart der exceptio non adimpleti contractus liegt vor, wenn der Beklagte die geschuldete Gegenleistung unter der Behauptung zurückhält, daß das vom Kläger Geleistete oder Angebotene keine Erfüllung bildete, weil es unvollständig oder fehlerhaft war oder in etwas Anderem bestand, als in dem Schuldobjekt.

Immerhin gestaltet sich hier die Beweislast in besonderer Art. Zwar hat der Kläger seinerseits darzuthun, daß das, was er leistete oder anbot, seiner Verpflichtung vollständig entsprach. Hierfür genügt aber der Beweis, daß es äußerlich in Ordnung, also dem Anscheine nach vertragsmäßig war; denn das Normale ist zu unterstellen. Ordnungsmäßige Leistung ist zu vermuthen, wenn sie der andere Theil vorbehaltlos annahm, obgleich ihm bei gehöriger Sorgfalt die später gerügten Mängel auffallen mußten. Behauptet der Beklagte dagegen, daß das scheinbar in normaler Beschaffenheit Angebotene oder Geleistete gleichwohl inkorrekt war, so hat er dies zu beweisen.

Der Beklagte kann seine Leistung ganz zurückhalten, auch wenn

---

6) Römer in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 19 n. 4, l. 51 D. de condictione indebiti 12, 6. Dagegen Windscheid Bd. 2 § 321 Anm. 10.

7) Das Gegentheil nimmt Windscheid a. a. O. an. Er gesteht Rückforderung zu, wenn die Leistung geschah „in der Erwartung, daß die Gegenleistung erfolgen werde, ohne daß es nöthig sei, sie auf gerichtlichem Wege zu erzwingen". „Der Leistende," führt Windscheid aus, „hat in diesem Falle nicht geleistet um seiner Verpflichtung willen, von der er wußte, daß er sie nicht zu erfüllen brauche, sondern in der That um der Gegenleistung willen auf seine Einrede verzichtet." Dies sind Distinktionen, die im praktischen Leben keinen Boden finden. Wie soll sich die Erwartung äußern, daß die Gegenleistung ohne gerichtliche Hülfe geschehen werde? Siehe auch Hanausek, Haftung d. Verkäufers Bd. 2 S. 218.

8) Vgl. Andrä a. a. O., dem unsere Ausführung in Abweichung von unseren früheren Auflagen folgt.

die gerügten Mängel einen geringeren Betrag haben. Denn nur gegen volle Erfüllung hat er zu leisten. Hat er jedoch die Leistung einmal als eine gehörige angenommen und fehlen nur unbedeutende Theile oder Nebenleistungen, so darf er nur Nachlieferung oder Schadensersatz fordern und seine Gegenleistung, soweit sie theilbar ist, nur zum verhältnißmäßigen Theil zurückhalten. Dies folgt aus der hier maßgebenden Billigkeit und Zweckmäßigkeit.

b) Unter der Form unserer Einrede macht der Beklagte nicht selten ein selbständiges Gegenrecht z. B. auf Wandlung, Minderung des Kaufpreises, Schadensersatz geltend. Dasselbe führt je nach seiner Art bald zur endgültigen Abweisung der Klage, bald zur Minderung der Klagsumme. Der Beklagte hat gemäß allgemeiner Grundsätze die sein Gegenrecht begründenden Thatsachen zu beweisen.

§ 22. Abstrakte Obligationen.

Der Gegensatz von abstrakten und kausalen Geschäften[1] ist im Obligationenrechte von besonderer Wichtigkeit.

Verpflichtungen ruft man in das Leben aus bestimmten wirthschaftlichen Gründen. Ihre Existenz und ihr Umfang ist regelmäßig — bei den s. g. kausalen oder materiellen Geschäften — von ihrer causa abhängig. Wer 1000 um eines Darlehens willen verspricht, schuldet sie nur, wenn ihm diese ausbezahlt sind, und wer 100 als Kaufpreis zusagt, kann zur Zahlung nicht genöthigt werden, wenn ihm die verkaufte Waare nicht geliefert ist.

Dies belastet aber natürlich den Gläubiger, wenn er die ihm geschuldeten Summen einklagen will, oft mit schwierigen Beweisen. In Folge dessen kann der rechtzeitige Eingang seiner Außenstände stocken, damit vielleicht selbst der Weiterbetrieb seines Gewerbes.

Die Nothwendigkeit des präcisen Einganges geschuldeter Gelder für den Verkehr vor Allem rechtfertigt die abstrakten Obligationen.

Solche wurden in Rom begründet durch die Stipulation in ihrer einfachsten Gestalt: decem dare spondes? spondeo.[2] Sie ent-

---

1) Vgl. oben Bd. 1 § 95 S. 221.

2) Den abstrakten Charakter der Stipulation hat Liebe, die Stipulation, zuerst gewürdigt und die gewonnenen Resultate später für die Theorie des Wechsels verwerthet. Mit Recht hat aber Salpius, Novation S. 212 hervorgehoben, daß die Stipulation als allgemeine Vertragsform auch materielle Geschäfte in sich aufnehmen konnte, l. 5 pr. D. de verb. obl. 45, 1, Paulus sent. II 22 § 2. Vgl. übrigens auch Wendt in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 31. Mitteis, Reichsrecht S. 496.

hielt ein Schuldversprechen, aber keinen Schuldgrund. Kam es über sie zum Prozesse, so hatte der Richter daher an und für sich nur über die rechtsbeständige Ertheilung des Versprechens zu urtheilen, aber nicht über dessen Grund. Aber dieser Rechtszustand erhielt sich nicht auf die Dauer.

a) Der Zusammenhang des Schuldversprechens mit seinem Grunde ist bis zu einem gewissen Grade unzerreißbar. So konnten Konflikte nicht ausbleiben.

Der Schuldner kann wegen eines in der Vergangenheit liegenden Grundes promittirt haben, z. B. wegen einer vorausgesetzten Verbindlichkeit aus Kauf, Miethe, Mandat oder Gesellschaft — stipulatio debiti —, aber hinterher zeigt es sich, daß ein entschuldbarer Irrthum untergelaufen ist und die vorausgesetzte Verpflichtung nicht bestand. Oder, was noch schlimmer war, er hatte wegen eines erwarteten künftigen Ereignisses, insbesondere der Auszahlung einer Valuta promittirt — stipulatio ob causam —, und dieselbe erfolgte nicht.[3]

Man sah sich genöthigt, in solchen Fällen dem Promittenten eine condictio auf Befreiung von der Stipulationsschuld,[4] die des Grundes entbehrte, ja eine exceptio doli gegen die Stipulationsklage zu gewähren. Damit verlor die Stipulation ihren ursprünglichen schneidigen, aber auch oft grausamen Charakter. Immerhin behielt sie wesentliche Vorzüge, solange der Promittent, wie dies zunächst der Fall war, den Mangel der causa im Falle der Anfechtung seinerseits beweisen mußte.[5]

b) Auch dies änderte sich in der späteren klassischen Zeit. Man forderte seitdem vom Stipulanten, der die Stipulationsklage anstellte, den Nachweis der Verwirklichung der causa, wenn der Beklagte deren Mangel vorschützte.[6] Das setzte jedem Mißbrauche ein Ziel, aber es nahm auch der Stipulation den ihr eigenthümlichen Nutzen.

---

3) Ueber die stipulatio debiti und ob causam siehe Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1855, 2. Aufl. 1867, insbesondere §§ 14 ff., vgl. auch die klare Uebersicht der Ansichten Bährs bei Rocholl, Rechtsfälle des R.G. Bd. 1 S. 256.

4) Ueber diese „Liberationskondiktion" vgl. l. 1 und 3 D. de condictione sine causa 12, 7, Salpius a. a. O. S. 289.

5) Quintilian. Inst. orat. IV. 2, 6. Satis est dixisse: certam creditam pecuniam peto ex stipulatione: diversae partis expositio est, cur ea nondum debeantur.

6) Wenn der Beklagte gegen die Stipulation einwendete, es sei Valuta versprochen worden, aber nicht gegeben, so mußte der Kläger zweifelsohne die Auszahlung beweisen, l. 3 C. de non numerata pecunia 4, 30. Antoninus: Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri coeperis, exceptione opposita seu doli seu non numeratae pecuniae, compelletur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto absolutio sequetur a. 215. Dies mußte zu

Ihr abstrakter Charakter war damit im Grunde verloren. Dies mußte auch für die Stipulationsurkunden von größter Bedeutung werden. Bezeugten sie nur das Schuldversprechen, aber nicht den Schuldgrund — als s. g. cautio indiscreta —, so konnten sie die Verpflichtung nicht mehr ausreichend beweisen.

Hiernach kannte die ältere gemeinrechtliche Lehre nur noch materielle Geschäfte, und kein Schuldschein galt als beweiskräftig, wenn er nicht außer dem Schuldversprechen den Schuldgrund angab. Man wies ihn zurück als cautio indiscreta.

Im neueren gemeinen Rechte aber erfuhr die Institution abstrakter Obligationen Wiederbelebung.[7] Zunächst geschah dies durch die Uebung im Rechte der Kaufleute; aber hierbei blieb man nicht stehen.

1. Der Wechsel begründet nothwendig abstrakte Verbindlichkeiten; er darf den Schuldgrund nicht enthalten, wenn er ein Wechsel sein soll. Ursprünglich nur ein Instrument für Geschäfte der Kaufleute, steht er heutzutage Jedem offen.

2. Ferner ist die Verbindungskraft von Anweisungen und Verpflichtungsscheinen der Kaufleute über Fungibilien gesetzlich anerkannt, auch wenn sie der Angabe des Schuldgrundes entbehren.[8] Das Gleiche gilt gewohnheitsrechtlich von Inhaberpapieren.

3. Auch abgesehen von diesen besonderen Fällen ist es zulässig,

---

weiteren Konsequenzen führen, die l. 25 § 4 D. de probat. 22, 3 entwickelt — Paulus libro 3 quaestionum —: Sed haec, ubi de solutione indebiti quaestio est. sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et indiscrete loquitur, tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit, nisi ipse specialiter qui cautionem exposuit causas explanavit, pro quibus eandem conscripsit: tunc enim stare oportet suae confessioni, nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit sese haec indebite promisisse, vgl. l. 13 C. de non numerata pecunia 4, 30. Wie viel oder wenig in der l. 25 § 4 von Paulus selbst herrührt, wird sich nicht ausmachen lassen. Jedenfalls stimmen die angeführten Entscheidungen zusammen. Muß der Kläger, welcher aus der cautio indiscreta klagt, gegenüber der Einrede des Beklagten die Auszahlung der Valuta beweisen, wenn er deren Hingabe als den Grund der Stipulation bezeichnet, so liegt ihm folgerecht auch der Nachweis älterer Verbindlichkeiten ob, wenn er deren Bestehen als den Grund der Eingehung der Stipulation behauptet. Sonst könnte er sich auf das Leichteste durch ein bloßes Vorgeben von einem schwierigen und vielleicht nicht zu erbringenden Beweise befreien. Uebrigens sind die Auffassungen der „berüchtigten" l. 25 § 4 D. de probat. sehr getheilt. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 318 Anm. 4 und die dort Citirten. Wir können nur finden, daß die gedachten Bestimmungen das Grabgeläute der abstrakten Stipulationen im römischen Rechte bildeten; Gneist, formelle Verträge S. 198.

7) Das ältere deutsche Recht forderte die Darlegung des Schuldgrundes zur Schuldklage nicht, vgl. Stobbe, P.R. Bd. 3 § 167 Anm. 2 ff.

8) H.G.B. Art. 301. R.O.H.G. Bd. 7 S. 204; Bd. 8 S. 431; Bd. 19 S. 277.

Obligationen auf bestimmte Leistungen ohne Abhängigkeit von ihrem Schuldgrunde zu begründen.[9] Nur muß der hierauf gerichtete Wille der Betheiligten feststehen. Dies ist namentlich der Fall, wenn man in Gemäßheit einer Abrechnung eine bestimmte Summe zu schulden erklärt. Denn hierin spricht sich klar der Wille aus, daß auf die Faktoren der Rechnung nicht zurückzugreifen ist und daß nur das Rechnungsresultat maßgebend sein soll. Das Gleiche gilt von der Anerkennung der Schuld einer gewissen Summe.[10]

Hiermit mußte sich die alte Lehre von der cautio indiscreta wesentlich modificiren. Der Schuldschein, welcher den Schuldgrund nicht angiebt, ist vollständig und vollbeweisend, wenn die Parteien ersichtlich Begründung einer abstrakten Obligation wollten. Tritt diese Absicht aber nicht in ihm hervor, so ist er auch heute nur ein Bruchstück, dessen Tragweite sich nur bestimmen läßt, wenn der Schuldgrund dargethan ist.[11]

Der Einwand ist zulässig, daß die Uebernahme der abstrakten Verpflichtung auf Irrthum, Betrug, Zwang beruhte; nicht minder, daß es sich um ein gesetzlich verbotenes, nichtiges Geschäft handelte.[12] Der Beweis liegt aber dem Schuldner ob.[13]

---

9) Seit Bähr a. a. O. diese Auffassung vertheidigte, hat sie stetig an Anhängern gewonnen. An das justinianische Recht läßt sich freilich die Anerkennung abstrakter Versprechen nicht anknüpfen, vgl. oben Anm. 6. Wenn aber das gemeine Recht die Klagbarkeit obligatorischer Verträge schlechthin anerkennt, warum sollte nicht der übereinstimmende Wille der Kontrahenten die Kraft haben, auch abstrakte Verbindlichkeiten in das Leben zu rufen? Vgl. Windscheid Bd. 2 § 318. Und wenn man das nicht als entscheidend ansieht, so liegt jedenfalls eine aus dem Rechtsleben und dessen Bedürfnissen hervorgegangene Bildung vor, die in der Anschauung des Lebens wurzelnd sich auf Grund der Schrift von Bähr und durch deren Einfluß auf Theorie und Praxis frei entwickelt hat.

10) Hierfür R.G. Bd. 2 S. 337, ferner Bd. 3 S. 264. — Die hier geforderte Schriftlichkeit gründet sich auf die Formvorschriften des preußischen Rechtes.

11) In jedem ohne causa ausgestellten Schuldschein im Zweifel die Uebernahme einer abstrakten Verbindlichkeit zu sehen, ist bedenklich. Es beruht dies auf der Annahme, daß die Weglassung der causa im Schuldscheine an und für sich ein sicheres Zeichen der Absicht der Uebernahme einer abstrakten Verbindlichkeit sei. Dies kann nicht zugestanden werden. Auch die Praxis geht so weit nicht, vgl. R.O.H.G. Bd. 21 S. 179, Rocholl a. a. O. S. 332 ff.

12) R.G. Bd. 5 S. 124.

13) Nicht immer, namentlich nicht beim Wechsel, können diese Einreden dritten gutgläubigen Erwerbern der Forderung entgegengestellt werden. Das Nähere kann an diesem Orte nicht ausgeführt werden.

Dritter Abschnitt.

Inhalt und Gegenstand der Obligation.

Erstes Kapitel.

Das Wesen der obligatorischen Leistung.

§ 23. Inhalt und Gegenstand im Allgemeinen.

Die Neueren bezeichnen den Inhalt der Obligationen mit dem generellsten Ausdrucke, der sich finden ließ, als „Leistung".

Die Römer specialisiren und sprechen von „dare", „facere" und „praestare".[1] Unter „dare" verstehen sie die Uebereignung körperlicher Sachen, wie auch die Bestellung dinglicher Rechte an denselben; „facere" begreift sonstige Handlungen, die sich auf körperliche Sachen beziehen, z. B. die Besitzübergabe von Grundstücken, deren Bebauung, Bearbeitung; unter „praestare" endlich verstand man insbesondere persönliche manuelle oder auch liberale Dienste.[2] Eine scharfe Unterscheidung zwischen facere und praestare wurde jedoch nicht festgehalten. Demzufolge bedeutet facere im weiteren Sinne jede Handlung, abgesehen von dare.

Von eingreifender rechtlicher Bedeutung ist der Unterschied zwischen Obligationen auf ein Thun — s. g. positive Obligationen — und auf ein Nichtthun — negative Obligationen.[3]

Als Gegenstand der Obligation läßt sich je nach dem Standpunkte, den man einnimmt, ansehen die geschuldete Handlung, oder die

---

1) „Dare, facere, praestare" fand sich in Klagformeln, Gaj. Inst. IV. § 2, es wurde in die Definition der Obligation aufgenommen, l. 3 pr. D. de obl. et act. 44, 7, oben § 1 Anm. 3.

2) Die Bedeutung von praestare ist bestritten. Die Litteratur siehe bei Hasenöhrl, österr. O. R. Bd. 1 § 161 Anm. 2. Für unsere Auffassung führen wir an, daß bezüglich der operae des Freigelassenen an den Patron der Ausdruck praestare sich vorzugsweise findet und daß auch die lex Julia et Papia, welche von den Leistungen der Freigelassenen handelte, von „dare, facere, praestare" sprach, l. 37 pr. D. de operis libert. 38, 1. Ferner stimmt mit derselben überein, daß die Mandatsklage auf dare, facere, praestare lautete, Gaj. Inst. III, 155, Lenel, edictum S. 236, wahrscheinlich auch die actio pro socio, Lenel a. a. O. S. 237, sowie die a. communi dividundo. Lenel a. a. O. S. 164.

3) Rümelin im Archiv für civ. Praxis Bd. 68 S. 166. Insbesondere kann von einer Zahlung der Schuld bei negativen Obligationen nicht die Rede sein.

Person des Schuldners oder dessen Wille oder dessen Vermögen, oder endlich das zu Leistende.[4] Im praktischen Leben betrachtet man aber, alle Mittelglieder überspringend, einzig das zu Leistende als den Gegenstand der Obligation. Hiermit stimmen die römischen Juristen überein. Ihnen ist das versprochene Objekt in obligatione.[5] Neuere Schriftsteller wollen meist die geschuldete Sache als den „mittelbaren" Gegenstand der Obligation bezeichnet haben, die Leistung aber als den „unmittelbaren". Von ihnen selbst wird dies jedoch im Flusse der Darstellung nicht festgehalten. In der That ist diese Terminologie schwerfällig und nicht geboten. Hervorzuheben ist noch Folgendes:

a) Nicht selten übernimmt der Schuldner durch ein Geschäft die Verpflichtung zur Leistung mehrerer Objekte. Hier fragt es sich, ob dieselben im Sinne des Kontraktes eine Einheit bilden? oder ob nur eine zufällige Verbindung vorliegt? Im ersteren Falle entsteht eine Obligation, im zweiten liegen mehrere Obligationen vor. Ist eine einzige Obligation begründet, so darf der Gläubiger die Leistung einzelner Objekte zurückweisen, da er verlangen kann, daß das Angebot des Schuldners die ganze Schuld umfaßt. Handelt es sich aber um verbundene Obligationen, so muß er auch einzelne Objekte, die ihm angeboten werden, annehmen, trotzdem daß der Schuldner mit den anderen, gleichzeitig versprochenen, im Rückstande ist. Entscheidend ist die Meinung der Vertragschließenden beim Vertragschlusse. Sie ist nach der besonderen Sachlage und nach der Gesammtheit der Vertragbestimmungen zu bemessen. Immerhin ist in der Regel eine durch eine Zahl bezeichnete Summe gleichartiger gleichzeitig zu liefernder Objekte als einheitlicher Schuldgegenstand zu erachten, mag es sich nun um Fungibilien handeln oder um Nichtfungibilien.[6]

b) Der Gegenstand der Obligation kann sich erweitern, Früchte und andere Erzeugnisse abwerfen, sich verändern. Hat der Gläubiger Anspruch auf derartige Vortheile?

Eine alle Obligationen treffende Antwort läßt sich bei der Verschiedenheit ihres Charakters nicht geben. Im allgemeinen gilt jedoch

---

4) Vgl. Windscheid Bd. 2 § 252 Anm. 1, Hartmann, Obligation S. 162. Hartmann will den Ausdruck Gegenstand der Obligation ganz vermieden wissen. Er läßt sich jedoch nicht entbehren.

5) Die Römer sprechen davon, daß species oder genera „in stipulationibus deducuntur", l. 54 D. de verb. obl. 45, 1, sowie daß eine Sache „in obligatione" ist oder bleibt, l. 9 § 1 D. de solut. 46, 3.

6) l. 29 pr. D. de verb. obl. 45, 1, l. 16 § 1, l. 75 § 9, l. 86, l. 140 pr. § 1 D. eod. Windscheid § 252 Anm. 9, mein Preuß. P.R. Bd. 2 § 24.

der Satz: „cujus periculum, ejus est commodum“.[7] Wen also die Gefahr bei ungünstigem Zufall trifft, dem sollen im günstigen Falle die Vortheile zukommen, die der Schuldgegenstand gewährt. Dieser Parallelismus von Gefahr und Vortheil ist indessen nichts Ausnahmsloses.[8]

c) Bei allen Obligationen ist Gelbersatz der eventuelle Gegenstand der Obligation.[9] Er ist dem Gläubiger stets zu gewähren, wenn ihm das Geschuldete nicht geleistet wird und wenn sich diese Leistung nicht oder nicht füglich erzwingen läßt.[10]

§ 24. Theilbare und untheilbare Obligationen.[1]

Die Obligationen sind theilbar, wenn ihre Theilung unbeschadet ihres Wesens und Werthes möglich ist. Ist dies nicht der Fall, so sind sie untheilbar.

---

7) § 3 J. de empt. et vend. 3, 23 . . . commodum ejus esse debet, cujus periculum est, l. 10 D. de R. J. 50, 17 Paulus libro 3 ad Sabinum: Secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda. Eine große Zahl einzelner Entscheidungen, welche auf diese Regel Bezug nehmen, führt an F. Mommsen, Erörterungen Heft 1 S. 1. — Ihering, Abhandlungen S. 1 ff. hat näher festgestellt, in welchem Umfange, wer die Gefahr trägt, das commodum zu beanspruchen hat.

8) Mommsen a. a. O. verwirft sogar die Regel, daß Gefahr und Vortheil parallel gehen, schlechthin. Er stellt statt derselben den weit beschränkteren Satz auf, daß „wer die Gefahr eines gewissen Ereignisses trägt, auf den durch dieses Ereigniß verursachten Gewinn Anspruch habe“. Ihm tritt Windscheid § 327 Anm. 9 bei. Die Ausführungen von Mommsen sind aber nicht zutreffend. Die Römer wenden die Regel vorzugsweise und in allgemeinem Sinne auf den Kauf an. Weil der Käufer die Gefahr der Kaufsache von Perfektion des Kaufes an trägt, deshalb, erklären sie, kommen ihm von jenem Momente an die Vortheile der Kaufsache zu. Gerade diese Anwendung der Regel will Mommsen eliminiren, und er muß dies thun, wenn er seine engere Formulirung aufrecht halten will. Mommsen will den Anspruch des Käufers auf den Gewinn dadurch erklären, daß die Römer es nach Abschluß des Kaufvertrages so angesehen hätten, als wenn die Kaufsache dem Käufer „gewissermaßen“ bereits geleistet wäre. Dies ist doch eine recht problematische Begründung des wichtigen Satzes. Wäre das „gewissermaßen“ nicht ein schützender Schild, so wäre sie absurd. Es ist auch mehr als gewagt, den Grund, welchen die Römer wiederholt für die Zuwendung der Vortheile der Kaufsache an den Käufer anführen, als für sie nicht bestimmend zu bezeichnen und ihnen einen anderen zu unterschieben, den sie nicht hervorheben. Nur darin hat Mommsen Recht, daß der Parallelismus von Gefahr und Vortheil nicht in allen Fällen eintritt und namentlich nicht bei Ansprüchen aus Vermächtnissen und Schenkungen.

9) l. 68, 112 § 1 D. de verb. obl. 45, 1.

10) Oben Bd. 1 § 133.

1) Das Hauptwerk ist von Ubbelohde, die Lehre von den untheilbaren Obligationen 1862. Dort findet sich die ältere Litteratur p. XXIII; vgl. außerdem Steinlechner, juris communio Bd. 1 §§ 19 und 20, Rümelin, die Theilung der Rechte §§ 19 ff. und in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 434, Scheurl, Theilbarkeit S. 81

Nicht das ist die Meinung bei dieser Eintheilung, daß dem Gläubiger einer theilbaren Forderung ohne weiteres Stückzahlung aufgedrängt werden kann. Solche ist vielmehr nur zulässig, wenn dies besonders ausbedungen ist. Die Theilbarkeit kommt in anderen Beziehungen in Betracht. Vor allem im Erbrechte. Nach einem uralten Rechtssatze nämlich sind Forderungen und Schulden des Erblassers, welcher mit Hinterlassung mehrerer Erben verstirbt, unter die Miterben getheilt. Aber dies gilt natürlich nur für theilbare Forderungen, nicht für untheilbare.

Bei der Frage der Theilbarkeit der Obligationen unterscheiden die Römer, ob es sich um „dare", „facere" oder „non facere" handelt.

1. Obligationen auf „dare" sind in der Regel theilbar.[2] Dies trifft vorzugsweise zu, wenn sie Quantitäten zum Gegenstande haben, z. B. eine Geldsumme oder zehn Pferde gleicher Art. Hier tritt Theilung nach der Zahl — numero — ein.

Auch Forderungen auf „dare" einer speciellen Sache gelten als theilbar, und zwar nach ideellen Theilen — partibus. Freilich ist dies nicht ohne Bedenken. Denn die ideelle Hälfte z. B. eines Pferdes ist nicht halb soviel werth und nicht halb so brauchbar als das ganze Pferd. Und wenn ein Erbe des Schuldners die ideelle Hälfte des Schuldgegenstandes zu überlassen bereit ist, der andere Erbe aber sich der Erfüllung entzieht und zum Geldwerthe seiner Theilschuld verurtheilt wird, was ist dann die Lage des Gläubigers? Man setzte sich jedoch über diese Bedenken hinweg.

Dagegen erkannte man die Untheilbarkeit einer Obligation

---

und die bei Windscheid Bd. 2 § 253 Citirten. Ubbelohde bemerkt § 1: „Die Lehre von den untheilbaren Obligationen darf zu den dunkelsten Kapiteln des Pandektenrechtes gezählt werden." Dies ist ohne Zweifel richtig. Wenn er aber den Grund hiervon darin sucht, „daß die Feststellung der bezüglichen Begriffe ein nicht gewöhnliches Maß scharfer und fortdauernder Abstraktion erfordere und daß in noch höherem Grade eine solche Abstraktion nöthig sei, um jene Begriffe mit Sicherheit anzuwenden", so können wir dem nicht beistimmen. Der Grund jener Dunkelheit scheint uns vielmehr vorzugsweise darin zu liegen, daß diese Lehre oft rein abstrakt, schematisch und ohne das Leben und dessen Erfordernisse zu beachten, aufgefaßt wird.

2) l. 2 pr. § 1 D. de verb. obl. 45, 1. Paulus libro 12 ad Sabinum: Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt. et harum omnium quaedam partium praestationem recipiunt, veluti cum decem dari stipulamur: quaedam non recipiunt, ut in his, quae natura divisionem non admittunt, veluti cum viam iter actum stipulamur: quaedam partis quidem dationem natura recipiunt, sed nisi tota dantur, stipulationi satis non fit, veluti cum hominem generaliter stipulor aut lancem aut quodlibet vas: nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed aut statim repeti potest aut in pendenti est, donec alius detur. ejusdem condicionis est haec stipulatio: Stichum aut Pamphilum dari? Vgl weiter die Ausführung von l. 2 §§ 2 ff., l. 8, l. 4, l. 54, 72 und 85 D. de verb. obl. 45, 1.

auf eine generell bezeichnete Sache an. Denn wenn z. B. ein gutes Ackerpferd geschuldet war, und der eine Miterbe des Schuldners hätte in Folge der Zulässigkeit der Theilung der Obligation die ideelle Hälfte des einen, sein Miterbe aber die ideelle Hälfte eines anderen Pferdes liefern dürfen, so wäre dies Hohn gegen den Gläubiger! Er hätte trotz voller Leistung beider Erben das nicht, worauf er Anspruch hatte, nämlich ein Pferd.

Es sind ferner nothwendig untheilbar Verpflichtungen zur Bestellung von Prädialservituten. Denn deren theilweise Begründung ist unmöglich und giebt auch nicht einmal ein Theilrecht.

2. Obligationen auf „facere" oder „non facere" sind regelmäßig untheilbar. Doch ist auch dies nicht ausnahmslos. Es fragt sich immer, ist die Theilung unbeschadet des Wesens und Werthes der Obligation möglich?

Untheilbar sind namentlich Obligationen auf Herstellung einer Sache, z. B. Erbauung eines Hauses.

Aber auch die Obligation auf Uebergabe eines bestimmten Grundstückes wird für untheilbar erklärt,[3] folgeweise muß das Gleiche für Tradition einer jeden Species, insbesondere auch einer beweglichen Sache gelten. Der innere Widerspruch dieser Entscheidung mit der Anerkennung der Theilbarkeit der Obligation auf „dare" einer Species ist nicht in Abrede zu stellen. Aber sollte die Entscheidung nicht an sich eine gesunde sein? Wer dies zugiebt und hierin das jüngere, rationellere Princip sieht, wird freilich für das heutige Recht dazu gedrängt, Obligationen auf Leistung einer Species allgemein als untheilbar anzusehen.

Theilbare Obligationen auf „facere" sind z. B. die Verpflichtungen, 100 Apfelbäume zu pflanzen oder 100 Karren Dung zu fahren.

---

3) l. 72 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 20 ad edictum: Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae, itineris, actus aquaeductus ceterarumque servitutium. idem puto et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, ut puta fundum tradi vel fossam fodiri vel insulam fabricari, vel operas vel quid his simile: horum enim divisio corrumpit stipulationem. Man hat sich von jeher verzweifelte Mühe gegeben, den Passus „fundum tradi" wegzuinterpretiren. Gewiß ist zuzugeben, daß er mit dem herrschenden, auch von Ulpian — z. B. l. 9 § 1 D. de solutionibus 46, 3 — anerkannten Dogma über die Theilbarkeit der Obligationen auf „dare" einer Species nicht harmonirt. War dies Dogma aber so rationell und einwandfrei, daß sich Ulpian an seine Analogie bei Obligationen auf facere nothwendig halten mußte? Ubbelohde a. a. O. S. 40 Anm. 7 hat den Gedankenblitz, fundum „radi" statt „tradi" zu lesen, doch er selbst verfolgt ihn nicht — mit vollem Rechte; vgl. freilich Brinz, Pand. Bd. 2 S. 66 Anm. 7.

Bezüglich der rechtlichen Behandlung untheilbarer Obligationen gelten folgende Grundsätze:

a) Jeder von mehreren Gläubigern hat das Recht, die ganze Leistung zu fordern und einzuklagen. Es ist aber zu unterscheiden, ob die Leistung an den Kläger allen Gläubigern unmittelbar zu Gute kommt, wie es z. B. bei der geschuldeten Reparatur eines gemeinsamen Hauses der Fall ist, oder ob dies nicht geschieht. In letzterem Falle ist der Schuldner berechtigt und seinen anderen Gläubigern gegenüber verpflichtet, Sicherstellung vom Kläger dafür zu fordern, daß, was dem Kläger geleistet wird, allen Berechtigten zu Theil werde.[4]

Erfolgt die Naturalleistung des Schuldobjektes nicht und wird der Schuldner um deswillen in Geld verurtheilt, so erhält der Kläger nur den seiner Erbquote oder seinem sonstigen Antheilsverhältnisse entsprechenden Theil der Litisästimation, da sein Interesse nicht weiter reicht.[5]

b) Der Gläubiger ist berechtigt, gegenüber Jedem von mehreren Schuldnern einer untheilbaren Obligation das ganze Schuldobjekt zu fordern und einzuklagen. Es liegt also der Fall einer solidarischen Verbindlichkeit vor.

Sehr streitig ist aber, ob dann, wenn es wegen Nichterfüllung der Verbindlichkeit zu einer Verurtheilung in Geld — zur Litisästimation — kommt, Theilung unter die mehreren Erben des Schuldners einzutreten hat. Die Frage ist zu bejahen.[6]

---

4) Vgl. Ubbelohde a. a. O. S. 233. Die römischen Juristen sind bezüglich der Ordnung der Sache nicht ganz einig, vgl. l. 1 § 36, l. 14 pr. D. depositi 16, 3, l. 81 § 1 D. de solut. 46, 3.

5) l. 25 § 9 D. fam. erc. 10, 2. Paulus libro 23 ad edictum: ... omnibus in solidum competere actionem et, si non praestetur via, pro parte hereditaria condemnationem fieri oportet, vgl. l. 4 § 3 D. si serv. vind. 8, 5 und l. 54 § 1 D. de verb. obl. 45, 1.

6) Die römischen Juristen gingen ursprünglich davon aus, daß jeder der Schuldner, der das Ganze schulde, auch zur vollen Geldästimation im Falle der Nichterfüllung der Obligation angehalten werden könne. Hieraus konnten sich jedoch große Härten ergeben. Man denke, ein Miterbe zu einem geringen Erbschaftsantheile wird, nachdem die Erbschaft längst getheilt ist, allein zur vollen Litisästimation eines großen, vom Erblasser übernommenen Baues angehalten. Paulus suchte gegen die hiernach möglichen Gefahren durch Kautionen zu schützen, welche sich die Miterben im judicium familiae erciscundae bestellen sollten, l. 25 § 10 D. fam. erc. 10, 2, und gab auch hiervon abgesehen dem Miterben, welcher die volle Litisästimation einer untheilbaren Leistung entrichtet hatte, einen Regreß mit der actio familiae erciscundae gegen die Miterben, die durch seine Zahlung befreit waren, l. 2 § 2 D. de verb. obl. 45, 1. Derartige Regreßansprüche gegen Miterben, die vielleicht längst verzogen oder insolvent geworden sind, konnten aber nicht ausreichen. Es machte sich daher eine andere Ansicht geltend, welche sich für die Theilung der Litis-

Zweites Kapitel.

Verschiedene Kategorien der Schuldobjekte.

§ 25. Species- und Genusschuld.

Die Obligation stellt ihren Gegenstand entweder individuell fest — Speciesschuld — oder durch Gattung und Art — Genusschuld.[1]

Gegenstand der Speciesschuld ist ein Individuum. Dieses nur muß und darf geleistet werden. Daher erlischt die Verpflichtung, wenn dasselbe durch Zufall zu Grunde geht; mit anderen Worten: den Gläubiger trifft bei der Speciesschuld die Gefahr.[2]

Genusschulden bilden regelmäßig Schulden von Fungibilien; aber dies ist nichts Nothwendiges. Vielmehr können auch Nichtfungibilien generisch stipulirt werden, z. B. eine Stückzahl Pferde gewisser Art. Andererseits kann, was an sich Fungibilität hat, speciell zugesagt sein.[3]

ästimation als einer theilbaren Schuld unter die Miterben entschied, l. 72 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 20 ad edictum ... Celsus libro 38 digestorum refert: Tuberonem existimasse, ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dare oportere ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem: secundum quem Celsus ait posse dici, justa aestimatione facti dandam esse petitionem. Diese Stelle verdient unseres Erachtens im justinianischen Rechte den Vorzug, einmal weil sie ein billigeres Resultat giebt, dann weil sie die Frage direkt entscheidet, während die übrigen Stellen wohl Totalverurtheilung des beklagten Miterben in die Litisästimation voraussetzen, aber keineswegs direkt feststellen. Vom Standpunkte des justinianischen Rechtes lassen sich die Stellen sehr wohl auf Fälle beziehen, in welchen ein einzelner Miterbe, um die Klage gegen seine Miterben abzuschneiden, freiwillig die ganze Litisästimation übernimmt. Daß übrigens die Tendenz des römischen Rechtes auf Theilung der Litisästimation ging, thun auch l. 11 § 3, l. 6 § 1 D. de aqua 39, 3 dar. — Die Neueren suchen überwiegend die l. 72 aus dem Wege zu räumen. Savigny, O.R. Bd. 1 S. 358 ff. meint, daß Celsus die Ansicht des Tubero bloß als „litterarische Kuriosität", als „fast verschollene Merkwürdigkeit" angeführt habe. Ubbelohde S. 90 nimmt an, daß die Juristen in der l. 72 einen ganz besonderen Fall im Auge gehabt hätten — nämlich daß die Obligation schon bei Lebzeiten des Erblassers durch dessen Schuld unmöglich geworden sei — und doch enthält die Stelle hiervon nicht die geringste Andeutung. Gleichwohl hält Windscheid Bd. 2 § 299 Anm. 7 diese Erklärung für vollkommen annehmbar. Vangerow Bd. 3 § 567 Anm. 2 endlich unterscheidet zwischen Obligationen auf „dare" und „facere". Für die Theilung der Litisästimation ist überwiegend die Ansicht der älteren gemeinrechtlichen Schriftsteller; sie wird als die „herrschende" betrachtet.

1) l. 54 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

2) Daher der Spruch „species perit ei cui debetur", dem sich dann anschließt „genus perire non censetur".

3) Vgl. oben Bd. 1 § 75.

Die generische Obligation steckt den Rahmen ab, innerhalb dessen geleistet werden muß. Aber der *Gegenstand der Obligation* und *derjenige der Erfüllung* ist nicht identisch. Als Gegenstand der *Obligation* gilt die *Gattung*, derjenige der *Erfüllung* ist ein bestimmtes *Individuum*. Deshalb darf der Genusschuldner dem Gläubiger auch ein Stück anbieten, welches diesem beim Vertragsschlusse gehörte und das seitdem aus dessen Eigenthume trat. Dem steht nicht entgegen, daß man die eigene Sache nicht gültig stipuliren kann. Wer z. B. generell ein Pferd von einem Pferdehändler gekauft hat und darauf das Pferd, welches er beim Vertragschlusse besaß, an einen Dritten veräußerte, kann dieses Pferd nicht zurückweisen, wenn es der Pferdehändler erwarb und zur Erfüllung anbietet, sofern es nur der stipulirten Art angehört. Denn nicht das nunmehr angebotene Pferd war verkauft, sondern „ein" Pferd.[4]

Innerhalb der vereinbarten Gattung und Art darf auch die geringste Sorte geleistet werden,[5] nicht aber Mangelhaftes.[6]

Der *Zufall*, welcher die Sache trifft, die man zu liefern dachte, *befreit den Schuldner einer Genusschuld nicht*. Dies gilt auch dann, wenn die Magazine oder Fabriken eines Kaufmannes oder Fabrikanten zu Grunde gingen, denen er die versprochenen Waaren entnehmen wollte, sofern er nicht bloß Lieferung aus den bei ihm vorhandenen Beständen oder den von ihm producirten Waaren zugesagt hat. Denn trotz jenes Unfalles kann er sich anderwärts versehen und seine Schuld erfüllen.

Erlischt freilich die stipulirte Art, so wird auch der Genusschuldner

---

4) So Marcellus in der l. 67 und l. 72 § 4 D. de sol. 46, 3. Anders freilich Papinianus libro 17 quaestionum l. 66 § 3 D. de leg. II. Non idem respondetur, cum duobus testamentis generatim homo legatur: nam qui solvente altero legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus, ab altero herede idem solvi non poterit: eademque ratio stipulationis est. hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet utque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt, ita frustra solvitur cujus dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit. Die Theorie des Marcellus ist vorzuziehen, die Papinians wenig natürlich.

5) l. 72 § 5 D. de solut. 46, 3. Das H.G.B. Art. 335 will bei Handelsgeschäften im Zweifel Handelsgut mittlerer Art und Güte geliefert haben, was jedoch in Fällen abweichender Vereinbarung — sie wird u. a. in der Vertragsklausel telle quelle gesehen, R.G. Bd. 19 S. 30 — oder abweichender Usance nicht gilt. Daß der Schuldner das zu liefernde Individuum zu bestimmen hat, versteht sich fast von selbst. Es wird der Fall nur selten vorkommen, daß dem Gläubiger bei einer Genusobligation die Wahl des zu leistenden Stückes eingeräumt wird.

6) Ueber die ädilicischen Rechtsmittel beim Gattungskauf siehe unten § 101 Ziff. 3.

wegen Unmöglichkeit der Leistung von seiner Schuld frei. Dies sind seltene Fälle.[7]

Der Schuldner der Genusschuld entschlägt sich der Gefahr, wenn er kontraktmäßig *erfüllt*, z. B. die verkaufte Waare vom Erfüllungsorte an den Käufer absendet, oder wenn er Erfüllung vergeblich anbietet und hierdurch den Gläubiger *in Verzug versetzt*.[8]

Keine Genusschuld, sondern eine *besondere Art der Speciesschuld* bildet das Versprechen eines *Theiles* aus einer *Masse* und eines *Stückes* aus einer *Menge*, die durch Lagerort oder Zugehörigkeit zu einer Erbschaft oder durch ähnliche Merkmale bezeichnet ist.[9] Denn der Begriff der Gattung beruht auf der inneren Beschaffenheit der Waaren und nicht auf derartigen zufälligen und vorübergehenden gemeinschaftlichen Beziehungen der Objekte. Es gelten auch bei Schulden solcher Art andere Grundsätze, wie bei Genusobligationen. Der Schuldner steht hier für Verschuldung z. B. bei der Bewachung ein, was bei Genusobligationen nicht der Fall ist. Mit dem zufälligen Untergange der ganzen Masse wird der Schuldner frei.

§ 26. Geld und Geldschulden.[1]

1. *Geld sind Objekte, welche die Allgemeinheit zur Werthung der Vermögensobjekte und als deren Aequivalente verwendet.* Der Zweck des Geldes ist, Umsatzmittel zu sein.

---

7) Die ganze Kategorie geht z. B. zu Grunde, wenn es sich um Aktien handelt und die Aktiengesellschaft erlischt, oder um Staatsschuldscheine eines Anlehens, welches zurückbezahlt wurde.

8) Vgl. unten § 46. — Einigen sich Gläubiger und Schuldner darüber, daß ein bestimmtes Individuum geleistet werden soll, so geht die Genusschuld in eine Speciesschuld über. Erklärt der Schuldner *einseitig*, ein gewisses Individuum liefern zu wollen, so ändert die Schuld ihren Charakter nicht, so lange der Gläubiger diese Erklärung nicht annimmt.

9) Viele betrachten derartige Verhältnisse als Genusobligationen. So namentlich Windscheid Bd. 2 § 255 Ziff. 2, welcher überhaupt die Verpflichtung zum Geben einer nur „nach Merkmalen" bestimmten Sache als Genusschuld betrachtet. Nach dieser Definition wäre auch der Verkauf derjenigen meiner Kühe, welche einen weißen Flecken am Halse hat, Genusverkauf. Dagegen vgl. namentlich Brinz Bd. 2 § 100, welcher Anm. 6 die Litteratur anführt. In der 7. Aufl. setzt Windscheid hinzu „die keine Individualisirungsmerkmale sind."

1) Ueber Geldschulden vgl. vorzugsweise Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 1 n. 7, Savigny, O.R. Bd. 1 S. 403 ff., Hartmann, über den rechtlichen Begriff des Geldes 1868, derselbe im Archiv f. civ. Praxis Bd. 65 n. 6 „internationale Geldschulden", Goldschmidt, Handelsrecht 1. Auflage Bd. 1 Abth. 2 S. 1061. Dort finden sich die Litteraturangaben. Interessante dogmengeschichtliche Nachweise giebt ferner Hartmann a. a. O. S. 117 ff. Aus neuester Zeit ist zu erwähnen Hasner,

Diese Macht erhält es in letzter Linie durch die Schätzung des Verkehres.

Aber auch der Staat greift helfend und gebietend ein.[2] Er schreibt vor, daß gewisse Objekte als Geld zu behandeln und als solches in Zahlung zu nehmen seien.[3] Er schafft hiermit das Geld im engeren Sinne — das Staatsgeld oder die Währung. Voll und ganz erreicht er seine Zwecke freilich nur, wenn sich seine Werthung wenigstens im Allgemeinen in Uebereinstimmung mit der öffentlichen Meinung hält. Dann fügt sich der Verkehr der Regelung im Einzelnen willig und erblickt in der festen staatlichen Ordnung des Münzwesens eine Wohlthat. Tritt aber die Bestimmung des Staates in schroffen Gegensatz gegen die Werthung des Lebens, so entstehen ungesunde Zustände. Denn das staatliche Gebot vermag die Werthgeltung nur bis zu einem gewissen Grade zu erzwingen; der vom Staate mißachtete Verkehr sucht sich daher, soweit thunlich, seine eigenen ungeregelten Wege.

2. Als Geld dienen vorzugsweise Stücke edlen Metalles. Sie eignen sich hierzu durch die Höhe und verhältnißmäßige Stetigkeit ihres Werthes, durch ihre Dauerhaftigkeit, leichte Transportabilität und Theilbarkeit.

Früher bestand in Deutschland Silberwährung. Aus der kölnischen Mark, später dem Zollpfund Silber prägte man nach einem gewissen Verhältnisse — dem Münzfuße — Thaler wie Gulden. Derzeit hat das deutsche Reich Goldwährung.[4] Aus einem Pfunde Gold wird

---

z. L. vom Gelde in Grünhuts Zeitschrift Bd. 7 n. 1 und Bekker über die Couponsprozesse 1881; Bekker, Pand. Bd. 1 § 75; Schey, Obl. Verh. Bd. 1 S. 108.

2) Des Staatsgeldes gedenkt allein die vielbewunderte Erörterung von Paulus libro 33 ad edictum — l. 1 pr. D. de contr. empt. 18, 1: Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes, quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cujus publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaqua materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. Zur Geschichte des römischen Münzwesens vgl. Gajus Inst. I. § 122 und namentlich Mommsen, Geschichte des römischen Münzwesens 1860.

3) Hartmann a. a. O. bestimmt den Begriff des Geldes geradezu dahin, daß es durch die fungibelen Stücke gebildet werde, welche rechtlich als eventuell letztes zwangsweises Mittel der solutio von Obligationen anerkannt sind. — In der That ist nicht zu bezweifeln, daß hierin die wichtigste specifisch juristische Eigenschaft des Staatsgeldes liegt.

4) Vgl. die Reichsgesetze vom 4. December 1871, betreffend die Ausprägung von Reichsgoldmünzen, und das Münzgesetz vom 9. Juli 1873. Das letztere trat mit dem 1. Januar 1876 in Kraft. Siehe mein preuß. P.R. Bd. 2 § 31.

eine bestimmte Zahl von Kronen oder 10-Markstücken, sowie Doppelkronen und halben Kronen geprägt. Doch die Goldwährung ist nicht durchgeführt. Denn die noch vorhandenen Thalerstücke gelten gleich 3 Mark und sind in diesem Werthe bei Schulden jeden Betrages als Geld zu nehmen. Ausgeprägt werden aber Thalerstücke nicht mehr.

Für bestimmte kleinere Beträge müssen in Zahlung genommen werden die Reichssilber-, Kupfer- und Nickelmünzen.[5] Derartige Münzen nennt man Scheidemünzen. Sie sind Geld des kleinen Verkehres.

3. In der Regel ist eine im Inland zu erfüllende Geldschuld *in inländischer Währung* zu zahlen. Es gilt das selbst für im Auslande in der ausländischen Währung eingegangene Geldschulden, welche im Inlande gezahlt werden müssen, so daß sie nach dem Kurse des Ortes und der Zeit der Zahlung in inländisches Geld umzurechnen sind.

Regelmäßig wird bei Zahlungen zwischen den verschiedenen *Sorten* des inländischen Geldes nicht unterschieden. Wer 100 Kronen versprochen hat, kann sie also auch in Thalern zahlen und umgekehrt.

Der Staat schafft Staatsgeld, aber er verbietet nicht den Umlauf anderen „*freien*" oder „*usuellen*" *Geldes*. Solches Geld bilden in Deutschland unter anderem die Reichskassenscheine, welche nach den Gesetzen Privaten nicht zur Zahlung aufgedrungen werden können,[6] ferner die Banknoten, in den Grenzdistrikten auch fremde Münzen.

Das freie Geld läuft thatsächlich im Verkehre um und wird hier als Geld geachtet und genommen; es kann aber nur dann als Zahlungsmittel aufgedrungen werden, wenn dies besonders bedungen ist.[7]

4. Die schwierigsten Fragen ergeben sich, wenn zwischen der Wer-

---

5) Private sind nicht verpflichtet, Reichssilbermünzen im Betrage von mehr als 20 Mark, Nickel- und Kupfermünzen im Betrage von mehr als 1 Mark in Zahlung zu nehmen; die Reichs- und Landeskassen sind hierzu verpflichtet. Münzgesetz vom 9. Juli 1873 Art. 9. Die Thaler sind keine „Reichssilbermünzen".

6) Staatspapiergeld im eigentlichen Sinne, welches Private in Zahlung nehmen müssen, giebt es im deutschen Reiche nicht. Die Reichskassenscheine sind aber von den Reichs- und Landeskassen zum Nennwerthe in Zahlung zu nehmen; Gesetz, betreffend die Ausgabe von Reichskassenscheinen, vom 30. April 1874. Auch die Banknoten der Reichsbank sind kein Staatspapiergeld, Reichsbankgesetz vom 14. März 1875.

7) Windscheid Bd. 2 § 256 unter b β) behauptete: „In Ermangelung entgegenstehender gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Bestimmungen muß jede Münzsorte angenommen werden, welche am Orte der Zahlung Kurs hat, ohne Unterschied zwischen aus- und inländischen Münzen". Aber kein Gesetz schreibt Derartiges vor und es kann auch nicht im Zweifel als die Absicht bei Kontrahirung der Geldschuld angesehen werden. Der Gläubiger bedingt sich in der Regel ein stetiges, nicht ein nach Tagen oder Stunden im Werthe schwankendes Geld aus. Seit der 6. Auflage hat Windscheid seine These wesentlich geändert.

thung von Geldstücken durch den Staat und durch den Verkehr Differenzen entstehen.

Man unterscheidet dreierlei Arten des Werthes des Geldes:

a) den Nennwerth oder den äußeren Werth, welchen der Staat nem Geldstücke durch sein Gepräge zuschreibt,

b) den Metallwerth oder den inneren Werth, d. h. den Werth des in dem Geldstücke enthaltenen eblen Metalles,

c) den Kurswerth, d. h. den Marktpreis des bezüglichen Geldstückes im Verkehre. Eine Differenz zwischen dem Nennwerthe und dem Kurswerthe bezeichnet man als Aufgeld oder Agio. Wenn sie zu Ungunsten des Nennwerthes ist, spricht man auch von Disagio.

Besteht bloß eine Differenz zwischen Nennwerth und Metallwerth, ohne daß sie sich im Kurse ausdrückt, so ist dies rechtlich bedeutungslos. Denn das Geld erfüllt dann trotz seines geringeren Metallwerthes seine Funktion unverkürzt in Recht und Verkehr nach seinem Nennwerth.

Von um so größerer Tragweite ist ein etwaiges Disagio zwischen Nennwerth und Kurswerth. In Folge desselben ist die Tauschkraft der betreffenden Geldstücke eine geringere geworden, als sie nach der Absicht des Staates sein soll. Als z. B. das Papiergeld der ersten französischen Republik — die Assignaten — rapide im Kurse sank, da konnte man für Hundertfrankscheine kaum so viel kaufen, als für wenige Silberfranken zu haben war. Wird aber durch das Sinken des Kurswerthes auch die Kraft des Geldes als Zahlungsmittel vermindert? Dies behaupten viele. Auch erscheint es auf den ersten Blick als höchst unbillig, daß eine Schuld, die in vollwerthiger Münze begründet wurde, in Gelde, dessen Kurswerth gesunken und dessen Kaufkraft vermindert ist, getilgt werden darf. Und dennoch muß man sich hierfür entscheiden. Denn der Zweck des Staatsgeldes ist gerade, im Interesse des Verkehres ein von den Schwankungen des Tages unabhängiges Zahlungsmittel zu schaffen. In diesem Sinne ist ihm Zwangskurs eigenthümlich. Hieraus entspringen wesentliche Vortheile für den Verkehr. Daß unter außerordentlichen Verhältnissen auch Nachtheile entstehen, ist unabwendbar, wenn das Staatsgeld seinen vollen Dienst leisten soll.[8]

8) Savigny a. a. O. geht davon aus, daß von der allgemeinen Anerkennung abhänge, ob etwas Geld sei, wie auch, in welchem Grade es Geld sei, also wie hoch der ihm beizulegende Werth sich belaufe. Hiernach sei der Kurswerth als wahrer Maßstab für den Inhalt einer Geldschuld eine unmittelbare Folge der allgemeinen Natur des Geldes. Die Auffassung von Savigny war eine einseitige. Dem praktischen Bedürfnisse, welchen eine „publica ac perpetua aestimatio“ fordert, l. 1 pr.

Ist jedoch dem Schuldner freigestellt, in usuellem Gelde zu zahlen, so ist bezüglich seiner der Kurswerth zu Grunde zu legen. Denn in Betreff des usuellen Geldes ist der Verkehr schlechthin Meister.

5. Es steht den Betheiligten frei, die Zahlung in bestimmter Sorte auszubedingen — Geldsortenschuld. Diese Absicht muß besonders hervorgehoben sein, z. B. durch die Bezeichnung „effektiv".

Solche Geldsortenschulden haben einen zwiefachen Charakter, sie bilden entweder modificirte Geldschulden oder reine Geldsortenschulden.[9]

a) Die erste Art bezweckt eine Geldschuld, die in der bedungenen Sorte zu entrichten ist. Hieraus folgt, daß dann, wenn die bedungene Sorte nicht mehr im Verkehre ist, die Schuld nicht erlischt, vielmehr in anderen Sorten zu zahlen ist.[10]

b) Bei der ausschließlichen Geldsortenschuld dagegen kommt es dem Gläubiger nur auf die bedungene Sorte an, z. B. wegen seines Verkehres mit dem Auslande. Wäre die bedungene Sorte im Verkehre nicht mehr zu haben, so müßte daher die Schuld wegen Unmöglichkeit der Leistung erlöschen.

Es können endlich auch bestimmte einzelne Münzen geschuldet sein. Dies ist Schuld einer Species, keine wahre Geldschuld.

§ 27. Alternative Obligationen.[1]

Die Obligationen sind entweder einfache oder alternative.

Alternativobligationen verbinden zur Leistung des einen „oder" des anderen Objektes, z. B. eines Schimmels oder

---

D. de contr. empt. — oben Anm. 2 — wäre mit einem bloßen Kursgelde nicht gedient; der Staat stellt sich vielmehr mit dem Münzen die höhere Aufgabe einer festen Währung. Dies haben Hartmann und Goldschmidt a. a. O. näher nachgewiesen. Ein ganz anderes Verhältniß ist es, wenn eine Münze in ihrem Uebergange zu einem anderen Münzfuße heruntergesetzt wird, ohne ihren Namen zu ändern. Dann ist die unter der Herrschaft des alten Münzfußes begründete Schuld nach Einführung des neuen im Verhältnisse zu berichtigen. Denn trotz Gleichheit des Namens ist die neue Münze eine andere als die alte.

9) Deutsche W.O. Art. 37, H.G.B. Art. 336. Auf eine Geldsortenschuld ist wohl zu beziehen l. 99 D. de solut. 46, 3. Paulus libro 4 responsorum: Respondit debitorem non esse cogendum in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquid passurus sit.

10) Der Werth ist zu leisten, welchen die Münzsorte zu der Zeit hatte, wo sie gesetzlich zu existiren aufhörte, vgl. Windscheid Bd. 2 § 356 Anm. 31.

1) Vgl. Bernstein, z. L. von dem alternativen Willen Abth. I. 1878, sowie die alternative Obligation im röm. und im modernen Rechte in der Zeitschrift für vergl. Rechtsw. Bd. 2 Nr. 10; Pescatore, die s. g. alternative Obligation 1880. Dort S. 1 die frühere Litteratur, dazu Karlowa in Grünhuts Ztschrft. Bd. 16 S. 431, Ryck, Schuldverh. S. 206.

eines Rappens.[2] Die alternativen Schuldobjekte können speciell oder generell sein.

Der Schuldner der Alternativobligationen ist bereits fest gebunden, doch bezüglich des Gegenstandes der Leistung besteht noch ein gewisser Spielraum.[3] Beide Objekte sind — alternativ — Gegenstand der Schuld. Hieraus erklärt sich, daß der Schuldner wegen der schuldhaften Behandlung eines jeden der Objekte dem Gläubiger haftbar werden kann. Aber zu leisten ist nur eines derselben.[4]

Die Alternativobligation muß nichts über die Wahl bestimmen; sie kann aber die Wahl näher regeln.

1. Hat sie *über die Wahl nichts bestimmt*, so liegt es in der Hand des Schuldners, welches der Schuldobjekte er leistet.[5,6]

Alternativobligationen solcher Art können zu einfachen werden:

a) durch *Vertrag*.[7] Die einseitige Erklärung des Schuldners, an den Gläubiger eines der Objekte liefern zu wollen, bindet ihn zwar nicht; hat dieselbe aber den Charakter einer Vertragsofferte, so wird sie natürlich durch die Annahme des Gläubigers zum bindenden Vertrage. Und solche beiderseitige Absicht ist in der Regel dann zu unterstellen, wenn der Schuldner einen *Theil* des einen Schuldobjektes leistet und der Gläubiger ihn als theilweise Schuldtilgung annimmt.[8]

2) Ueber die Bezeichnung der bezüglichen Obligationen als „alternative" oder, wie Einige vorschlagen, „disjunktive" vgl. Pescatore a. a. O. S. 1.

3) l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13, 4. Ulpianus libro 27 ad edictum: . . . quid debeat esse in ejus arbitrio, an debeat non esse. et ideo cum quis Stichum aut Pamphilum promittit, eligere posse, quod solvat, quamdiu ambo vivunt: ceterum ubi alter decessit, extingui ejus electionem, ne sit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult vivum praestare, quem solum debet.

4) Vgl. unten Anm. 12, Bernstein alternativer Wille, stellt die Frage so: ob bei der alternativen Obligation *suspensive* oder *resolutive Pendenz* stattfinde, ob es also ungewiß sei, welcher Gegenstand Objekt der Obligation *werde* oder welcher Objekt derselben *bleibe*. Aber keine dieser Alternativen ist unseres Erachtens zutreffend. Die Obligation ist mit dem Kontrakte fertig und umfaßt — alternativ beide Schuldobjekte. Im normalen Verlauf behält sie diesen Charakter bis zu ihrer Tilgung; diese geschieht durch Leistung eines der Schuldobjekte. So faßt die Sache auch Paulus libro 10 quaestionum l. 128 D. de verb. obl. 45, 1 . . . utraque res ad obligationem ponitur, non ad solutionem. Vgl. oben § 2, wo nachgewiesen ist, daß der Inhalt der Obligation und derjenige der Erfüllung keineswegs immer derselbe ist.

5) l. 138 § 1 D. de verb. obl. 45, 1.

6) Dies gilt auch für Kaufgeschäfte. l. 34 § 6 D. de contr. empt. 18, 1. Paulus libro 33 ad edictum: Si emptio ita facta fuerit: „est mihi emptus Stichus aut Pamphilus", in potestate est venditoris, quem velit dare, sicut in stipulationibus, sed uno mortuo qui superest dandus est; et ideo prioris periculum ad venditorem, posterioris ad emptorem respicit. Vgl. l. 25 pr. D. eod.

7) Im römischen Rechte war dies nur mittelst exceptio pacti de non petendo bezüglich des einen Objektes zu realisiren. l. 27 § 6 D. de pactis 2, 14.

8) Insoweit muß man der Entscheidung der l. 26 § 13 D. de cond. indeb. 12, 6,

b) Durch Verzug allein verliert der Schuldner noch nicht das Recht, sich zwischen den Schuldobjekten zu entscheiden. Der Gläubiger muß daher alternativ klagen, der Richter alternativ verurtheilen. Bleibt aber auch das verurtheilende Erkenntniß erfolglos, so darf der Gläubiger seinerseits eines der Schuldobjekte wählen und so die Obligation auf dasselbe koncentriren.[9] Dies ist eine Konsequenz der alternativen Obligation, muß also indirekt als gewollt gelten. Dem Schuldner soll nicht freistehen, durch seine Passivität die Zwangsvollstreckung zu vereiteln, und doch ist diese nicht möglich, so lange es ungewiß ist, was der Gläubiger beitreiben darf.

c) Die alternative Obligation wird endlich zur einfachen durch Untergang des einen der Schuldobjekte oder durch sonstige Unmöglichkeit seiner Leistung. Der Schuldner muß daher das übrig bleibende Objekt liefern.

Geht auch dieses zufälligerweise unter, so wird er frei. Demnach steht das eine Schuldobjekt auf Gefahr des Schuldners, das andere auf Gefahr des Gläubigers.[10]

Jedoch kann sich der Schuldner von der Leistung des übrig gebliebenen Objektes durch Ersatz des Werthes des untergegangenen befreien, sofern er nicht dessen Untergang verschuldet hat. Sonst würde der Zufall, welcher das minder werthvolle Objekt vernichtete, dem Gläubiger sogar Vortheile bringen, was höchst unbillig und dem Sinne des Geschäftes zuwiderlaufend wäre.[11]

Wenn der Untergang des einen Schuldobjektes durch Verschuldung des Schuldners geschah, so ist die Folge zunächst nur die, daß sich die Obligation auf das andere Objekt koncentrirt. Geht dieses aber durch Zufall hinterher gleichfalls zu Grunde, so hat der Schuldner den Geldwerth des schuldhafterweise vernichteten Objektes zu leisten, denn er hat durch seine Verschuldung die Lage des Gläubigers kontraktwidrig verschlechtert, indem er auf ihn die Gefahr überwälzte.[12]

---

l. 2 § 1 D. de verb. obl. 45, 1 die Anerkennung versagen. Die Ansichten sind freilich sehr getheilt, siehe einerseits Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 1 S. 31, andererseits Windscheid Bd. 2 § 255 Anm. 9. Ueber die Litteratur der Streitfrage vgl. auch die bei Arndts § 204 Anm. 3 Citirten.

9) Vgl. l. 11 § 1 D. de leg. II, ferner R.G. Bd. 12 S. 184; dort ist auch die Litteratur über die Frage citirt.

10) Vgl. die oben Anm. 6 abgedruckte l. 34 § 6 D. de contr. empt. 18, 1. Ist die Leistung des einen Schuldobjektes von vornherein unmöglich, so ist die Obligation von Anfang an eine einfache. l. 128 D. de verb. obl. 45, 1.

11) l. 47 § 3 D. de leg. I. Vgl. l. 95 § 1 D. de sol. 46, 3. Anders Pescatore S. 201 ff. Ryck, Schuldverh. S. 239.

12) l. 95 § 1 D. de sol. 46, 3. Papinianus libro 28 quaestionum: Quod si

2. Trifft die Alternativobligation *Bestimmungen über die Wahl*, so sind diese natürlich maßgebend. Durch dieselben kann dem Schuldner oder dem Gläubiger oder einem Dritten die Wahl anheimgestellt werden.

Ist dem Gläubiger die Wahl überlassen, so gilt sie in der Regel als Bestandtheil des Gläubigerrechtes, welches mit der Obligation auf jeden Rechtsnachfolger desselben, also auch auf dessen Cessionar übergeht.[13] Ist sie einem Dritten anvertraut, so ist in der Regel die persönliche Entscheidung desselben nothwendig, und für den Vertrag bedingend.[14]

In der Regel ist die *vertragsmäßig zugestandene* Wahl durch *einmalige* einseitige, den Betheiligten mitgetheilte *Erklärung* erledigt.[15] Aber auch das Recht, die Wahl bis zur Erfüllung zu *ändern*, kann vertragsmäßig zugestanden sein.[16]

---

promissoris fuerit electio, defuncto altero qui superest aeque peti poterit. enimvero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri aestimatio potest, si forte longe fuit vilior, quoniam id pro petitore in poenam promissoris constitutum est, tamen, si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore, quo moriebatur, non commiserit stipulationem. sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur. Die Stelle hat ein Janusgesicht. So konnte man sie für die entgegengesetzten Theorien der Alternativobligationen verwerthen. Bernstein z. L. v. alternativen Willen, leitet aus der Verweigerung der Stipulationsklage ab „das kulpos vernichtete Objekt war nicht in obligatione, das Objekt, das in obligatione war, ist casu untergegangen". Er findet hier das beredteste Argument dafür, daß nicht etwa beide Objekte in obligatione sind, vielmehr nur das eine, und zwar derart, daß es noch ungewiß sei, welches. Wie aber erklärt er die actio doli? „Papinian suche der Gerechtigkeit auf Kosten der Konsequenz Genüge zu verschaffen. indem er seine Zuflucht zur actio doli nehme, gewiß ein verzweifeltes Mittel, das noch dazu in den meisten Fällen versagen werde". Diese Auffassung wird Papinian nicht gerecht. Die actio doli läßt sich nur daraus erklären, daß er annimmt, der Schuldner habe seiner Kontraktspflicht zuwidergehandelt, trotzdem daß eine solche nach striktem Recht nicht mehr anerkannt wird. Wäre der Schuldner nicht *nach dem Sinne des Kontrakts auch bezüglich des von ihm vernichteten Objekts gebunden*, so würde jeder Grund fehlen, ihn dem Gläubiger gegenüber wegen schlechter Behandlung desselben haftbar zu machen. Man muß daher Windscheid § 255 Anm. 14 und Pescatore S. 231 beitreten, wenn sie die Entschädigungspflicht im heutigen Rechte als kontraktliche auffassen. Dies läßt sich nur aus der Grundidee rechtfertigen, daß beide Objekte in obligatione seien, eines aber in solutione.

13) Vgl. hierüber Pescatore a. a. O. 239, dem lediglich beizutreten ist.

14) l. 141 § 1 D. de verb. obl. 45, 1. Vgl. Pescatore a. a. O. S. 69.

15) Anders Pescatore a. a. O. S. 251. Aber wem eine Befugniß vertragsmäßig eingeräumt ist, hat sie eben in der Regel nur einmal. Windscheid Bd 2 § 255 Anm. 9 in seiner Bemerkung gegen mich übersieht, daß ich den Fall, in dem über die Wahl *nichts bestimmt* ist, von dem unterscheide, in dem der *Vertrag die Wahl regelt*.

16) Die Römer hatten verschiedene Formeln, je nachdem der Gläubiger ein jus variandi haben sollte oder nicht. l. 112 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Pomponius

Steht dem Gläubiger das Recht der Wahl zu und geräth er damit in Verzug, so kann der Schuldner richtiger Meinung nach eines der Objekte anbieten und sich durch dessen Depositon befreien. Denn es wäre unzulässig und unerträglich, wenn ihm der Gläubiger das Recht, von seiner Schuld loszukommen, verkümmern könnte.[17]

Von den Alternativobligationen verschieden sind Geschäfte, wonach sich der Schuldner von seiner Verpflichtung, das Schuldobjekt zu liefern, durch Angebot eines anderen Objektes befreien, und solche, wonach der Gläubiger statt des Schuldobjektes etwas Anderes fordern darf — s. g. alternative Ermächtigung, facultas alternativa des Schuldners oder des Gläubigers.[18]

Drittes Kapitel.

Besondere Leistungen.

I. Die Zinsen.

§ 28. Die Zinsenpflicht im Allgemeinen.[1]

Zinsen bilden eine nach Procenten bemessene Vergütung in Geld oder anderen Fungibilien für die Benutzung eines fremden Kapitales, welche sich mit deren Fortdauer fortgesetzt erneuert.

Voraussetzung ist eine Kapitalschuld in Geld oder in Fungibilien anderer Art.[2]

---

libro 15 ad Quintum Mucium ... respiciendus erit sermo stipulationis, utrumne talis sit „quem voluero" an „quem volam": nam si talis fuerit quem voluero cum semel elegerit, mutare voluntatem non poterit: si vero tractum habeat sermo illius et sit talis „quem volam", donec judicium dictet, mutandi potestatem habebit. Hiervon ist im heutigen Rechte kein Gebrauch zu machen.

17) Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen Windscheid Bd. 2 § 346 Anm. 10 und Pescatore S. 256, wo auch die Litteratur der Frage angeführt ist.

18) Vgl. Regelsberger in Iherings Jahrbüchern Bd. 16 n. 3.

1) Tit. Dig. de usuris 22, 1. Cod. 4, 32. — Glück Bd. 21 S. 1 ff; Bangerow Bd. 1 S. 111 ff. Randa, die L. v. d. Zinsen 1869, Schey, Obligationsverhältnisse Bd. 1 S. 129.

2) In l. 25 C. h. t. 4, 32 läßt sich Constantinus ad populum so vernehmen: Pro auro et argento et veste facto chirographo licitas solvi vel promitti usuras jussimus. Also Zinsen für Kleider! Seit der Glosse unterstellt man meist, daß die „Kleider" dem Darlehnschuldner ästimirt oder zur Veräußerung behufs Gewinnung einer Darlehnsvaluta übergeben wurden. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 12 S. 334 sucht zu helfen, indem er statt „et veste" liest „recte".

Auch die Zinsen bestehen entweder in Geld oder in anderen Fungibilien.[3]

Sie werden nach Procenten — Hunderttheilen — des Kapitales bemessen, und zwar für gewisse Zeitabschnitte. Die Römer legten den Monat zu Grunde, die Neueren berechnen den Zins nach Jahren.[4 5]

Häufig spricht man von landesüblichen Zinsen. Dies sind an sich solche, deren Höhe der Gewohnheit des Ortes zur Zeit entspricht. Gemeinrechtlich gelten aber 5 % ein für allemal als landesüblicher Zinssatz.[6] In der That war dies lange Zeit hindurch gleichförmig der in Deutschland regelmäßige Zinsfuß. Seit Decennien ist dies nicht mehr der Fall; der Zinsfuß schwankt auf und ab. Heute liegt in jener Festlegung des landesüblichen Zinses eine Fiktion, die der Vereinfachung des Rechtes dient.

Natürlich kann sich der Gläubiger für die Ueberlassung eines Kapitales anstatt oder neben den Zinsen Vortheile anderer Art ausbedingen. Dahin gehören z. B. Zuschläge zum Kapital bei seiner Rückzahlung. Auch Vergütung durch Ueberlassung von Sachen des Schuldners zum Gebrauche oder durch Dienste kommt vor. Solche Leistungen sind keine Zinsen. Aber sie theilen in mancher Beziehung die Natur der Zinsen. Insbesondere sind sie bei der Frage wucherischer Ausbeutung des Schuldners in Betracht zu ziehen.

Die Zinsen bilden mit der Kapitalschuld einen Schuldkomplex. Demgemäß braucht der Gläubiger die Zahlung des Kapitales nicht anzunehmen, wenn ihm nicht zugleich die rückständigen Zinsen angeboten werden.[7] Es ist ferner das Verfallen der Zinsen von dem Stehen-

3) Getreidezinsen erwähnt l. 11 und l. 12 C. h. t. 4, 32.

4) Die Rechnungseinheit war in Rom ein Procent für den Monat — usurae centesimae = 12 Procent für das Jahr. Geringere Zinsen wurden als Bruchtheile der usurae centesimae bezeichnet, wobei nach der in Rom üblichen Rechnungsweise der „as“ die Einheit und 12 „unciae“ die Brüche darstellten. Was also die Römer usurae semisses nannten, entspricht unseren 6 % per Jahr, was quincunces unseren 5 %, was trientes 4 % und besses 8 % u. s. w. — Da die Zinsen in Rom regelmäßig an den Kalenden des Monats fällig wurden, hießen die Bücher über zinstragende Ausstände calendaria. Vgl. Hecht, röm. Kalendarienbücher 1868.

5) Die Zinsen unterscheiden sich von der Rente dadurch, daß Zinsen neben dem Kapitale zu entrichten sind, während die Rente statt des Kapitals geschuldet wird. — Dividenden von Gesellschaften, insbesondere von Aktiengesellschaften sind keine Zinsen. Sie sind die Antheile am Gewinne des Unternehmens. S. g. Bauzinsen bei Aktiengesellschaften sind Rückzahlungen aus dem Kapitale, welche während der Zeit der Vorbereitung des Unternehmens den Aktionären an Stelle von Zinsen vergütet werden. — Ueber die Eigenschaft der Zinsen als bürgerlicher Früchte vgl. oben Bd. 1 § 78 Anm. 9.

6) Um deswillen hat der Reichsdeputationsabschied v. 30. Oktober 1600 § 139 die Verzugszinsen auf 5 % gesetzt. Anders Windscheid Bd. 2 § 260 Anm. 5.

7) l. 41 § 1 D. h. t. 22, 1 R.O.H.G. Bd. 25 S. 256.

bleiben des Kapitales abhängig, so daß sie zu laufen aufhören, wenn dasselbe nicht mehr geschuldet wird.[8] Deshalb bezeichnet man die Zinsenpflicht als eine accessorische. Die einmal verfallenen Zinsen aber sind selbständige Verpflichtungen. Sie überdauern daher den Untergang der Hauptschuld,[9] sie sind auch besonders durch Klage verfolgbar.[10]

§ 29. Vertragsmäßige und gesetzliche Zinsen.

Kapitalschulden sind nicht ohne weiteres verzinslich; die Verzinslichkeit bedarf besonderer Begründung. Nach deren Art unterscheidet man vertragsmäßige und gesetzliche Zinsen.

1. Zinsverträge forderten in Rom regelrecht die Form der Stipulation;[1] gemeinrechtlich genügt Willensübereinstimmung.[2] Zu ihrer Vollständigkeit gehört Einigung über den Zinsfuß,[3] die natürlich auch stillschweigend, z. B. durch Unterwerfung unter den Ortsgebrauch, geschehen kann. Sind Fälligkeitstermine nicht festgestellt, so ist der wiederkehrende Jahrestag der Zinsstipulation als Zinstermin anzusehen.[4]

2. Zinsen, die nicht auf Zinsversprechen beruhen, pflegt man gesetzliche zu nennen. Sie entwickelten sich in Rom großentheils durch die Praxis der Richter — officio judicis — in den bonae fidei judicia. Die einzelnen Arten sind sehr verschieden.[5]

---

8) l. 7 D. h. t. 22, 1, l. 16, l. 19 C. h. t. 4, 32.

9) Ist die Hauptforderung verjährt, so können auch Nebenforderungen, insbesondere auf Zinsen und Früchte, nicht mehr eingeklagt werden, auch wenn sie an sich, weil ihr Fälligkeitstermin ein jüngerer ist, noch nicht verjährt wären. Dies beruht auf Zweckmäßigkeitsgründen, die schwer in das Gewicht fallen. Sonst müßte nämlich um der Zinsen oder anderer Nebeneinkünfte willen noch die Frage der Kapitalschuld trotz ihrer Verjährung zur Erörterung kommen.

10) Siehe § 29, l. 26 pr. C. h. t. 4, 32.

1) l. 24 D. de praescriptis verbis 19, 5, l. 40 D. de rebus creditis 12, 1 — „l. lecta est" — l. 5 § 2 D. de solut. 46, 3.

2) Soweit einseitige Versprechen rechtsbeständig sind, können durch sie auch Zinsen versprochen werden, l. 10 D. de pollic. 50, 12, ebenso können Vermächtnisse die Verpflichtungen zu Zinsen auflegen, l. 3. § 6 D. de annuis legatis 33, 1. Wenn man also von vertragsmäßigen oder Konventionalzinsen zu sprechen pflegt, so geschieht dies nur a fortiori.

3) l. 41 § 2 D. usuris 22, 1. Ist über die Höhe der Zinsen nichts bestimmt, so fragt es sich, ob die Betheiligten stillschweigend auf landesübliche Zinsen Bezug nehmen oder ob der Zinsvertrag noch unvollständig ist. In letzterem Falle sind keine Zinsen geschuldet. Anders Windscheid Bd. 2 § 260 Anm. 5.

4) Vgl. auch oben § 28 Anm. 4 a. Ende. — Zahlung von Zinsen längere Zeit hindurch kann den Schluß auf ein Einverständniß der Betheiligten über Verzinsung der Schuld begründen, l. 6 D. h. t. 22, 1. Eine Ersitzung des Zinsenrechtes liegt hierin nicht, wie Aeltere vermeinten. Ist doch dem römischen Rechte der Besitz eines Rechtes auf Zinsen, welcher die Vorbedingung der Ersitzung wäre, völlig fremd.

Insbesondere verfallen Verzugszinsen, wenn der Schuldner einer Geldschuld mit deren Zahlung in Verzug ist.[6]

Minderjährigen kommen während der Dauer der Minderjährigkeit auch ohne Verzug des Schuldners Zinsen von der Fälligkeit ihrer Forderungen an zu gute.[7] Desgleichen dem Fiskus.[8 9]

Nicht minder sind von der Klageerhebung an Prozeßzinsen zu erstatten.[10]

Der Käufer ferner hat den Kaufpreis von dem Augenblicke an zu verzinsen, in welchem er den Besitz der Kaufsache erhält.[11]

Eine Zinsenpflicht liegt weiter dem ob, welcher Gelder, die er für einen Dritten zu verwalten hat, unbefugter Weise in seinen Nutzen verwendet.[12 13]

---

5) Die Fälle gesetzlicher Zinsen sind an den betreffenden Orten zu besprechen und hier nicht erschöpfend aufzuführen. Vgl. über sie Arndts § 207 Anm. 3, Wächter, Pand. Bd. 2 S. 297.

6) Die Verzugszinsen bildeten sich heraus bei den bonae fidei judicia, vgl. l. 2 C. depositi 4, 34, wurden ferner bei Vermächtnissen zugesprochen, l. 34 D. h. t. 22, 1; vgl. Gaj. Inst. II § 280. Sie sind derzeit allgemeine Regel auch bei Darlehen und anderen römischen stricti juris judicia. Verzugszinsen laufen aber auch heute nicht von Strafforderungen, l. 8 D. de mag. conv. 27, 8, l. 1 C. de fisc. usuris 10, 8, Schenkungsversprechen, l. 22 D. de don. 39, 5, und Zinsforderungen, da Zins aus Zins nicht gewährt wird. Vgl. § 30 a. Ende.

7) l. 87 § 1 D. de leg. II. l. 3 C. in quibus causis in integrum 2, 40. Es ist bestritten, ob eine wahre mora des Schuldners des Minderjährigen von der Fälligkeit der Schuld an „ex re" anzunehmen ist. Vgl. unten § 41 Anm. 7.

8) Vgl. oben Bd. 1 § 60 Anm. 5.

9) Nach H.G.B. Art. 289 dürfen Kaufleute unter einander in beiderseitigen Handelsgeschäften ohne Verabredung oder Mahnung Zinsen von der Fälligkeit an berechnen.

10) Ueber die Verbindlichkeit zur Leistung von Prozeßzinsen siehe oben Bd. 1 § 154 Anm. 17. In den Fällen, in welchen Verzugszinsen ausgeschlossen sind, fallen auch Prozeßzinsen weg. — Nach justinianischem Rechte hörte mit dem rechtskräftigen Urtheile der Zinsenlauf zunächst auf, es liefen aber nach einem 4monatlichen Zeitraum 12% l. 1 ff. C. de usuris rei judicatae 7. 54. Dies ist nicht gemeinrechtlich. Savigny Bd. 6 S. 412 und dort Citirte. Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 4.

11) l. 13 §§ 20 und 21 D. de a. e. v. 19, l. l. 18 § 1 D. h. t. 22, l. l. 2 C. h. t. 4, 32.

12) l. 10 § 3 D. mandati 17, 1 . . . denique Papinianus ait etiam si usuras exegerit procurator et in usus suos convertit, usuras eum praestare debere. — l. 7 § 4 D. de administr. tut. 26, 7, l. 1 § 1 D. h. t. 22, 1.

13) Die herrschende Meinung geht dahin, daß gesetzliche Zinsen nur von Geldschulden verfallen, nicht aber bei Schulden, die andere Fungibilien zum Gegenstande haben, z. B. Getreide oder Wein. Dagegen will Wächter a. a. O. gesetzliche Zinsen, insbesondere Verzugszinsen auch bei Nichtgeldschulden berechnet wissen. Er beruft sich darauf, daß einzelne Stellen die Zinsverbindlichkeit allgemein, ohne Beschränkung auf Geldschulden, aussprechen. Aber man muß annehmen, daß sie Geldschulden voraussetzen, an die man bei Zinsen zunächst denkt. Nur bei Geldschulden sind gesetzliche und insbesondere Verzugszinsen innerlich gerechtfertigt, denn Geld hätte der Gläubiger, wenn er es rechtzeitig bekommen hätte, regelmäßig verzinslich austhun können. Die Entziehung dieser Gelegenheit verbindet daher den säumigen Schuldner

Im römischen Rechte war der Unterschied zwischen vertragsmäßigen und gesetzlichen Zinsen von wesentlichem Einflusse auf deren gerichtliche Geltendmachung.

1. Für die auf Zinsversprechen beruhenden Zinsen bestanden besondere Klagen. Dieselben konnten vor, mit oder nach der Klage aus der Hauptschuld angestellt werden. Das Klagerecht auf rückständige Vertragszinsen wurde daher durch die Annahme der Zahlung des Kapitales wie auch durch sonstige Tilgung der Hauptschuld nicht berührt.

2. Für Zinsen anderer Art fehlte die besondere Klage; sie wurden nur bei Gelegenheit der Hauptklage vom Richter zuerkannt. Sie waren daher dann nicht mehr beitreibbar, wenn die Hauptschuld vollständig getilgt war, insbesondere durch Annahme der Zahlung.[14]

Ist dies noch praktischen Rechtens? Dies nimmt die herrschende Theorie an. Sie sieht in der Verweigerung einer besonderen Klage auf gesetzliche Zinsen eine Folge ihrer Natur; denn sie bilden, meint man, eine bloße Eigenschaft der Hauptschuld, so daß sie deren Untergang nicht überdauern können. In Wahrheit handelt es sich aber um Ansprüche, die wenigstens zum größeren Theile in der Gerechtigkeit und allgemeinen Grundsätzen des Rechtes eine selbständige Wurzel haben, denn sie bezwecken Schadensersatz wegen Verschuldung oder Ausgleichung ungerechtfertigter Bereicherung. Daher gestehen selbst die Anhänger der herrschenden Theorie zu, daß sich der Gläubiger im Falle der Zahlung der Kapitalschuld durch einseitigen Vorbehalt die ihm geschuldeten gesetzlichen Zinsen erhalten könne.[15] Damit widersprechen

zur Vergütung. Wein oder Getreide verleiht man dagegen in der Regel nicht auf Zins. Derartiges ist vielmehr eine seltene Erscheinung. Der Gläubiger solcher Fungibilien kann daher nicht mit Grund sagen, daß er diese Gelegenheit zu verdienen im Falle rechtzeitiger Leistung des Schuldobjektes gehabt hätte und daß er demzufolge dem säumigen Schuldner ohne weiteres Getreide- oder Weinzinsen zum Ersatze berechnen könne.

14) l. 24 D. depositi 16, 3. Papinianus libro 9 quaestionum . . . est quidem constitutum in bonae fidei judiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio. l. 6 D. de neg. gest. 3, 5. In gleichem Sinne sagt Paulus libro 34 ad edictum l. 54 D. locati 19, 2 . . . usurae in bonae fidei judiciis etsi non tam ex obligatione proficiscantur, quam ex officio judicis applicentur. Eine besondere Klage auf solche Zinsen bestand nicht, l. 4 C. depositi 4, 34, Imp. Gordianus . . non enim duae sunt actiones, alia sortis, alia usurarum: sed una, ex qua condemnatione facta iterata actio rei judicatae exceptione repellitur vgl. l. 3 C. de usuris 4, 32. Eine große Milderung zeigt sich in l. 23 D. de exc. rei jud. 44, 2. Aber wiederum die strengste Konsequenz zieht die l. 49 § 1 D. de a. e. v. 19, 1. Hermogenianus libro 2 juris epitomarum: Pretii, sorte licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur.

15) Die Wirksamkeit eines solchen Vorbehaltes erkennt u. A. Windscheid Bd. 2 § 259 an.

sie sich aber selbst. Denn was begrifflich mit dem Untergang der Kapitalschuld erlöschen muß, kann ein einseitiger Vorbehalt nicht konserviren.

Nach unserer Ansicht beruht es nicht auf inneren Gründen, sondern auf einer historischen Zufälligkeit, die in Rom gesetzliche Zinsen nur durch das richterliche officium bei Gelegenheit der Hauptklage zugesprochen wurden. Diesem Entwickelungsstadium sind die gesetzlichen Zinsen späterhin entwachsen. Denn allgemeiner Grundsatz ist geworden, daß jedes Recht den Schutz der Klage hat; nur aus besonderen Gründen erleidet dies Ausnahmen. Solche Gründe sind für gesetzliche Zinsen nicht nachweisbar.[16]

Auf die Einlegung eines besonderen Vorbehaltes des Gläubigers bei Tilgung der Kapitalschuld ist hiernach kein Gewicht zu legen. Dies zur Bedingung zu machen, hieße nur, dem mit rechtlichen Kautelen vertrauten Gläubiger einen ungerechtfertigten Vorzug vor dem minder gewitzigten geben.

§. 30. Die Höhe der Zinsen.

Gesetzliche Zinsen werden nach dem landesüblichen Zinsfuße, also derzeit regelmäßig zu 5 % bemessen.[1] Specialgesetze fixiren sie für manche Verhältnisse höher, für andere niedriger.[2]

Das Maß der Vertragszinsen bestimmt der Vertrag; doch ist die Vertragsfreiheit bezüglich der Zinsen keine unbeschränkte. Dies deshalb, weil die Uebervortheilung des Geldbedürftigen wirthschaftlich schädlich und moralisch verwerflich ist.

---

16) Uebereinstimmend ist u. A. Carus, die Klagbarkeit gesetzlicher Zinsen 1876, sowie Ruhstrat im Archiv für civ. Praxis Bd. 65 n. 9. Dort findet sich die Litteratur. Carus und Ruhstrat suchen jedoch die römischen Entscheidungen umzudeuten, um so denjenigen Sätzen freie Bahn zu machen, die dem jetzigen Rechtsbewußtsein und der Zweckmäßigkeit entsprechen. Dies halte ich nicht für richtig. Die hier vertretene Ansicht theilen im Resultate auch die Reichsgerichte: R.O.H.G. Bd. 9 S. 231 und R.G. Bd. 1 S. 351. In Betracht kann auch für dieselbe kommen: Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Nr. 5.

1) l. 1 pr. D. h. t. 22, 1, Reichsdeputationsabschied von 1600 § 139; oben § 28. Vgl. Behrend, Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. germ. Abth. Bd. 1 S. 85.

2) In Handelssachen ist die Höhe der gesetzlichen Zinsen 6 %, Einführungsgesetz zum H.G.B. Art. 14. Das Gleiche ist bei Verzugszinsen aus Wechselschulden anzunehmen, R.O.H.G. Bd. 1 S. 251. Der Fiskus berechnete sich in Rom 6 %, l. 17 § 6 D. h. t. 22, 1. Dies ist nicht praktisch. Nach l. 37 D. de neg. gest. 3, 5 gilt der Satz „ubi quis ejus pecuniam cujus tutelam negotiave administrat, aut magistratus municipii publicam in usus suos convertit, maximas usuras praestat, also ursprünglich 12 %, im justinianischen Rechte 6 %. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 221. In einigen Fällen betragen die gesetzlichen Zinsen nur 4 %, siehe Arndts § 208 Anm. 2.

Die Gesetzgebung kann Mißbräuchen entweder dadurch entgegentreten, daß sie ein für allemal ein Maximum des Zinsfußes festsetzt, oder so, daß sie, hiervon absehend, der unsittlichen Ausbeutung im einzelnen Falle entgegentritt.

A. Die Römer kannten seit Alters ein *Zinsmaximum*. Dasselbe betrug in der klassischen Kaiserzeit 12 %, im justinianischen Rechte für die Regel 6 %, bei Kaufleuten 8 %.[3]

Das kanonische Recht *verbot das Zinsennehmen schlechthin*.[4] Ihm mußte man sich im Mittelalter fügen, doch wurde hierdurch nur erreicht, daß die Kreditgeschäfte in andere Formen gedrängt wurden, insbesondere in die des Rentenkaufes. Nach der Reception des römischen Rechtes gestattete man in Deutschland das Nehmen von Zinsen bis zum Maximalbetrage von 5 %.[5]

Zinsverträge, welche diesen Maximalsatz überschritten, waren bis zu dessen Belaufe gültig, darüber hinaus aber nichtig.

Die allgemeine Tarifirung des erlaubten Zinses erschien in der neueren Zeit gegenüber den Schwankungen, welchen der Zinsfuß — besonders durch Handelskrisen und bei Kriegsereignissen — ausgesetzt ist, als unzweckmäßig. Das Bundesgesetz vom 14. November 1867 hob daher das Zinsmaximum auf,[6] verstattete jedoch dem Schuldner, welcher mehr als 6 % versprochen hat, halbjährige Kündigung der Schuld nach Ablauf eines halben Jahres vom Geschäftsschlusse an.

B. Wollte man von einem allgemeinen Zinsmaximum absehen, so mußte man dem Wucher im einzelnen Falle zu begegnen suchen.[7] Diese Tendenz verfolgt das Reichsgesetz vom 24. Mai 1880. Wucherische Geschäfte, d. h. solche, die eine *unsittliche Ausbeutung* von Noth, Leichtsinn oder Unerfahrenheit des Kreditnehmers durch Ausbedingung ungewöhnlicher in erheblichem Mißverhältniß zur Leistung des Gläubigers stehender Vortheile enthalten, sind in Folge desselben *strafbar* und *nichtig*.[8] Und zwar ist das ganze wucherische Geschäft nichtig; Kondiktion des von dem Geldverleiher Gegebenen ist diesem gestattet.

---

3) l. 26 § 1 ff. C. h. t. 4, 32 a 528.

4) Tit. X de usuris 5, 19; in 6 to 5, 5; Clem. 5, 5. Funk, Geschichte des kirchlichen Zinsverbotes 1876.

5) Neumann, Geschichte des Wuchers in Deutschland 1865. Stobbe, P.R. Bd. 3 S. 296. Jüngster Reichsabschied von 1654 § 174.

6) Aehnlich schon früher Art. 292 des H.G.B. bezüglich der Schulden der Kaufleute. Das Bundesgesetz trat mit dem 1. Januar 1871 auch in den süddeutschen Staaten in Kraft mit Ausnahme Bayerns, in welchem ein besonderes, jedoch sehr ähnliches Gesetz gilt.

7) Vgl. R.O.H.G. Bd. 21 S. 72.

8) Vgl. mein preuß. Privatrecht Bd. 2, 4. Aufl. S. 92. — „Ausbeutung des Leicht-

C. Eine besondere Gefahr für die Wirthschaft der Einzelnen und des Volkes liegt darin, daß verfallene Zinsen stehen bleiben und schließlich so anschwellen, daß der Schuldner ihrer nicht mehr Herr werden kann. Hiergegen sollten folgende Bestimmungen des römischen Rechtes schützen, die ihre Geltung behalten haben:

1. Konventionalzinsen laufen nicht weiter, wenn ihre Rückstände auf den Betrag der Hauptschuld angewachsen sind.[9]

2. Verzinsung rückständiger Zinsen — anatocismus — findet nicht statt.[10] Dies gilt auch für gesetzliche Zinsen. Verträge, durch welche Zinsen von Zinsen bedungen werden, sind daher nichtig.[11]

Das auf die gesetzlich verbotenen Zinsen Gezahlte mindert die Schuld des Zinspflichtigen. Wenn das Gezahlte den Betrag seiner Schuld übersteigt, ist es zurückzuerstatten.[12 13]

---

sinns und der Unerfahrenheit" ist es vorzugsweise, wenn dem Kreditnehmer Geld zu unproduktiven Zwecken oder zu verwegenen Spekulationen, „Ausbeutung der Nothlage", wenn ihm zur Erhaltung seiner Person und seiner Familie oder seines Gewerbes, auf dem seine bürgerliche Existenz beruhte, Geld unter wucherischen Bedingungen gegeben wird.

9) l. 26 § 1 D. de cond. indebiti 12, 6, l. 10, l. 27 § 1 C. h. t. 4, 32. Die nov. 121 cap. 2 und nov. 139, desgleichen nov. 160 verordneten, daß auch die bereits gezahlten Zinsen in das duplum einzurechnen seien, eine Vorschrift, deren Verkehrtheit offensichtlich ist. Diese Novellen sind nicht glossirt. Die meist neben ihnen noch angeführten l. 29 und l. 30 C. h. t. 4, 32 existiren nicht. Es handelt sich bei ihnen nur um Inhaltsangaben der Novellen, welche die Herausgeber in den Codex einfügten. vgl. Krüger in seinem und Mommsens corpus juris vol. II. p. V. Uebrigens siehe über das Verbot W. Sell in seinen Jahrbüchern Bd. 1 n. 2 und Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 7 S. 42. — Nach H.G.B. Art. 293 gilt die Beschränkung bei Handelsgeschäften nicht. Das Gesetz vom 14. November 1867 erhält sie nicht ausdrücklich, hebt sie aber auch nicht auf.

10) l. 26 § 1 D. de cond. indebiti 12, 6, l. 27 D. de re jud. 42, 1. Selbst wenn die Zinsen durch Vertrag in eine Kapitalschuld verwandelt werden, soll nach Justinians Gebot deren Verzinsung unzulässig sein, l. 28 C. h. t. 4, 32. Dies ist praktisch kaum durchzusetzen, weil Zahlung des Zinses und Rückgabe als Darlehen möglich ist. Daher beanstandete man die Bestimmung Justinians, vgl Glück Bd. 21 S. 123, Windscheid § 261 Anm. 2 und dort Citirte. H.G.B. Art. 291 gestattet für Zinsen, die in Kontokurrentabschlüssen enthalten sind, die Verzinslichkeit, vgl. hierzu R.O.H.G. Bd. 11 S. 140 über Kontokurrent zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann.

11) l. 29 D. h. t. 22, 1. Marcianus libro 14 institutionum: Placuit, sive supra statutum modum quis usuras stipulatus fuerit sive usurarum usuras: quod illicite adjectum est, pro non adjecto haberi et licitas peti posse.

12) l. 26 pr. D. de condictione indebiti 12, 6, l. 18 C. h. t. 4, 32. Vgl. Pauli sent. II. 14, 2: Usurae supra centesimam solutae sortem minuunt: consumpta sorte repeti possunt, außerdem den problematischen § 4 eod.

13) Zinskoupons, welche als Inhaberpapiere mit Inhaberpapieren ausgegeben werden, behalten ihre Natur als Zinsscheine. Allerdings bringt es ihre Eigenschaft als Inhaberpapiere mit sich, daß sie dem gutgläubigen Inhaber auch dann zu berichtigen sind, wenn die Kapitalschuld nicht existirte oder bereits getilgt ist. Dagegen können, da sie sich als Zinsen ankündigen, ihretwegen Verzugszinsen nicht beansprucht werden. R.O.G.G. Bd. 10 S. 213, Bd. 24 S. 389.

II. Die Alimentationspflicht.[1]

§ 31. Unmittelbare und mittelbare Alimente.

Der Anspruch auf Alimentation — Unterhalt — geht auf Gewährung des zum Leben des Alimentenberechtigten Erforderlichen. Derselbe kann sich auf das nackte Leben, also auf das zum Unterhalte schlechthin Nothwendige beschränken — *nothdürftige Alimente*, s. g. alimenta naturalia. Wo aber eine solche Beschränkung nicht vorgesehen ist, steht dem Berechtigten alles zu, was zum *standesgemäßen Leben* nothwendig ist, s. g. alimenta civilia. Was hierzu gehört, ist nach den jeweiligen Umständen zu bemessen. Hiernach ist vor allem zu leisten, was die körperliche Existenz fordert, Nahrung, Kleidung, Wohnung und Feuerung, sowie im Bedürfnißfalle Arzneimittel, nicht minder aber, was zur Erziehung und zur Pflege des Geistes nöthig ist.[2]

Das Recht auf Alimente kann durch Vertrag, Vermächtniß, Gesetz oder richterliches Urtheil entstehen.

Es sind unmittelbare und mittelbare Alimentationsansprüche zu unterscheiden.[3]

1. Der *unmittelbare Alimentationsanspruch* verpflichtet *direkt zur Erhaltung des Berechtigten*. Solcher Art ist unter anderem die gesetzliche Alimentationspflicht von Ascendenten und Descendenten gegeneinander. Die Erfüllung der direkten Alimentationspflicht kann zwar durch das Mittel einer Geldleistung geschehen, aber nur unter der Voraussetzung, daß der Zweck der Alimentation hierdurch erreicht wird. Geht also z. B. das vom Vater seinem Sohne

---

1) Büngner, zur Theorie und Praxis der Alimentationspflicht 1876, Schanze, zur Lehre vom Alimentationsanspruch im Archiv für civ. Praxis Bd. 69 n. 5.

2) In l. 6 D. de alimentis legatis 34, 1 führt Javolenus libro 2 ex Cassio aus: Legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest: cetera quae ad disciplinam pertinent legato non continentur. Daß der Römer der Feuerung nicht erwähnt, ist nicht zu verwundern, wohl aber daß man in Deutschland durchgängig, ihm blind nachschreibend, bei Aufzählung der einzelnen Bedürfnisse der Feuerung gar nicht zu gedenken pflegt! Wenn ferner in Rom Erziehungskosten nicht zu den Alimenten gerechnet werden — so auch l. 6 § 5 D. de Carb. edicto 37, 10, l. 4 D. ubi pupillus 27, 2 —, so beweist dies sicher nicht, daß das Gleiche auch unter den ganz verschiedenen deutschen Verhältnissen der Fall ist. Uns gilt vielmehr: der Mensch lebt nicht vom Brode allein. Vgl. Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 258. Richtig auch Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs § 1488.

3) Diese Unterscheidung hat namentlich Schanze a. a. O. in gelungener Weise entwickelt. Er spricht übrigens von „eigentlicher" und „uneigentlicher" Alimentation. Die erstere gehe auf ein „facere", die zweite auf ein „dare".

behufs Beschaffung des Unterhaltes gesendete Geld bei demselben ohne dessen dolus oder culpa lata zu Grunde, so hat der Sohn Anrecht auf neue Alimentation. Andererseits kann die Nachzahlung der Alimente für die Vergangenheit nicht beansprucht werden; denn für diese ist nicht mehr zu sorgen — in praeteritum non vivitur, sagt ein alter Spruch. Es kann aber der Alimentenpflichtige wegen der Nichtgewährung der schuldigen Alimente Schadensersatz zu leisten haben, ferner Dritten, welche die Alimente oder die Mittel zu denselben vorschossen, mit der actio negotiorum gestorum zur Erstattung verpflichtet sein.

2. Die mittelbare Alimentation besteht in fest bestimmten Gewährungen, meist von Geld, zum Zwecke des Unterhaltes des Berechtigten. Der Verpflichtete ist hier nie verbunden, Anderes oder mehr als das behufs der Alimentation Ausgeworfene zu leisten. Von solchen Verbindlichkeiten sind die Rückstände nachzuzahlen.

Die Alimentenansprüche beider Kategorien sind besonders begünstigt:

a) Vergleiche über noch nicht fällige Alimente bedürfen gerichtlicher Bestätigung.[4]

b) Gesetzliche Alimentenforderungen können von Dritten nicht behufs Zwangsvollstreckung gepfändet werden.[5]

Viertes Kapitel.

Ort und Zeit der Erfüllung.

§ 32. Der Erfüllungsort.[1]

Der Erfüllungsort ist da, wo die geschuldete Leistung vorzunehmen und vom Gläubiger entgegenzunehmen ist.

---

4) Mark Aurel schrieb durch eine Oratio die Nothwendigkeit prätorischer Genehmigung zu Verträgen über noch nicht fällige vermachte Alimente vor. Auf andere, insbesondere auf unter Lebenden aus Liberalität zugewendete Alimente bezog sich dies nicht, l. 8 pr. § 2 D. de transactionibus 2, 15. In der l. 8 C. de transact. 2, 4 erklärt aber Gordian Vereinbarungen über künftige Alimente ohne prätorische Genehmigung schlechthin für ungültig. Und hiernach bezieht die gemeinrechtliche Praxis die Bestimmung auf alle, mindestens aber auch auf gesetzliche Alimente. Vgl. R.G. Bd. 4 S. 209.

5) C.P.O. § 749 Ziff. 2. Ueber andere Eigenthümlichkeiten der Alimentenschulden vgl. Schanze a. a. O. S. 241.

1) Reatz, die Lehre vom Erfüllungsorte 1862, Schulin, zur L. vom Erfüllungs-

Er kann *fixirt* oder *offen gelassen* sein.

1. Unter Umständen ergiebt der Gegenstand des Geschäftes *zwingend* einen bestimmten Erfüllungsort; z. B. wenn die Uebergabe oder die Bearbeitung eines gewissen Grundstückes versprochen ist. In anderen Fällen bestimmt er ihn wenigstens vermuthungsweise. Die Verpflichtung zur *Lieferung* oder *Herausgabe* einer bestimmten beweglichen Sache insbesondere ist in der Regel da zu erfüllen, wo sich die Sache ohne Verschuldung des Schuldners gerade befindet.[2 3]

Zuweilen entscheiden die Usancen, denen sich die Betheiligten beim Vertragsschlusse stillschweigend unterwerfen.

Der Ort kann endlich ausdrücklich durch Vereinbarung festgestellt sein, z. B. „1000 zahlbar in Berlin".[4 5]

2. Ist der Erfüllungsort nicht *fixirt*, so kann der Schuldner an *jedem nicht unpassenden Orte* leisten, also namentlich an seinem Wohnorte. Findet sich der Gläubiger auf Auffordern des Schuldners an dem von diesem erwählten tauglichen Leistungsorte nicht ein, so kommt er in Verzug.

Der Gläubiger seinerseits kann den Erfüllungsort, *wenn der Schuldner nicht leistet*, in Gestalt des *Klageortes* dadurch fixiren, daß er in einem Gerichtsstande des Schuldners Klage erhebt.[6]

---

orte und vom Gerichtsstande der Obligation 1879, L. Burchard, z. L. vom Erfüllungsorte 1880.

2) l. 12 § 1 D. depositi 16, 3. Pomponius libro 22 ad Sabinum: Depositum eo loco restitui debet, in quo sine dolo malo ejus est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest. eadem dicenda sunt communiter et in omnibus bonae fidei judiciis. sed dicendum est, si velit actor suis impensis suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit. Vgl. l. 11 § 1 D. ad exhibendum 10, 4, l. 26 § 1, l. 47 pr. § 1, l. 108 D. de leg. I.

3) Die wirthschaftliche Natur eines Kohlenlieferungsgeschäfts im Großen bringt es mit sich, daß die Kohlenlieferungen direkt von der Grube aus geschehen, R.G. Bd. 10 S. 93.

4) H.G.B. Art. 324 Abs. 1. Bei zweiseitigen Geschäften kann der Erfüllungsort für beide Theile verschieden sein, vgl. R.G. Bd. 9 S. 353. Ueber den Fall eines alternativen Erfüllungsortes vgl. l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13, 4. Ueber den Erfüllungsort für den Bürgen vgl. R.G. B. 10 S. 284.

5) Darüber, daß an dem bestimmten Orte Zahlung zu leisten ist und daß das Angebot der Schuld an anderem Orte vom Gläubiger zurückgewiesen werden darf, vgl. l. 9 D. de eo quod 13, 4, l. 122 pr. D. de V. O. 45 1, l. 9 C. de solutionibus 8, 42.

6) Die beiden in unserem Texte formulirten Grundsätze werden bezeugt in der l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13, 4 . . et generaliter definit Scaevola: petitorem electionem habere ubi petat, reum ubi solvat, scilicet ante petitionem. Die Sentenz von Scävola führt Ulpian zwar bei Gelegenheit eines ganz besonderen Verhältnisses an, aber sie wird ausdrücklich als eine „generalis" bezeichnet; darunter verstehen die Römer allgemeine durchgreifende Regeln. Mit ihr harmoniren denn auch sämmtliche anderen Quellenzeugnisse. Der Schuldner setzt den Gläubiger durch jedes Angebot in Verzug, welches nicht „inopportuno loco"

3. Vom Erfüllungsorte ist im heutigen Rechte zu unterscheiden der *Bestimmungsort*.

Die Regel des Handelsverkehres ist, daß der Ort, wo der Schuldner zur Zeit des Kontraktschlusses seine Handelsniederlassung oder in deren Ermangelung seinen Wohnsitz hat, für seine Handelsgeschäfte Erfüllungsort ist.[7]

Demungeachtet gilt bei Verkaufsgeschäften von Kaufleuten mit Auswärtigen als selbstverständlich, daß dem Verkäufer obliegt, die verkaufte Waare an den Käufer zu senden, und zwar auf dessen Gefahr und Kosten.[8]

Hierdurch wird am Erfüllungsorte nichts geändert, aber es kommt bei derartigen Geschäften *neben dem Erfüllungsorte* der *Ablieferungs-* oder *Bestimmungsort* in Betracht.

---

geschieht. l. 39 D. de solutionibus 46, 3; hieraus ergiebt sich, daß er an jedem nicht unpassenden Orte zu leisten befugt ist. Dazu wird mehrfach entschieden, daß der Schuldner am Orte der Klage leisten müsse, wenn der Zahlungsort nicht durch die Obligation fixirt sei. So namentlich in der l. 1 D. de annuis legatis 33, 1. Pomponius libro 5 ad Sabinum: Cum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur: quocunque loco petetur dari debet, sicuti ex stipulatu aut nomine facto petatur. Siehe auch l. 22 D. de rebus creditis 12, 1, l. 4 D. de condictione triticaria 13, 3. Uebereinstimmend ist Cohn, die actio de eo quod certo loco S. 103. Im übrigen sind die Ansichten der Neueren sehr getheilt. Viele verstehen unter „petere" nicht „klagen" sondern „fordern". Sie thun hiermit den Stellen Gewalt an; dies gilt namentlich von der oben benannten l. 2 § 3 D. de eo quod certo loco 13, 4. Das Resultat, zu dem sie durch diese Interpretation gelangen, ist wenig zweckmäßig. Windscheid, insbesondere Bd. 2 § 282 Anm. 5 behauptet, daß der Gläubiger die Leistung an jedem Orte auch außergerichtlich verlangen könne, an welchem ein Gerichtsstand des Schuldners begründet sei. So hätte der Gläubiger ein Wahlrecht zwischen den Gerichtsständen des Schuldners, vgl. C.P.O. 18 ff., welches er sogar vor der Fälligkeit der Forderung ausüben dürfte. Dies könnte zu großer Beschwerde des Schuldners gereichen. Anders wiederum Puchta, Pand. § 246 Anm. i. Savigny, O.R. Bd. 1 S. 513 und Brinz Bd. 2 S. 453.

7) H.G.B. Art. 324 Abs. 2 und Art. 325 stellt für Handelsgeschäfte in Ermangelung anderer Vertragsbestimmungen folgende Sätze auf: a) Es ist zu leisten, wo der Schuldner zur Zeit des Kontraktschlusses seine Handelsniederlassung, eventuell seinen Wohnort hat. b) Geldzahlungen sind auf Kosten und Gefahr des Schuldners nach der Handelsniederlassung, eventuell dem Wohnorte des *Gläubigers* zur Zeit des Kontraktschlusses zu übermachen. Sie sind also s. g. *Bringschulden*; nicht Holschulden. c) Zahlungen auf indossable oder Inhaberpiere haben in der Handelsniederlassung, eventuell dem Wohnorte des *Schuldners* zur Zeit der Zahlung zu geschehen. Sie sind also *Holschulden*. d) Die Uebergabe einer bestimmten Sache, welche sich zur Zeit des Kontraktschlusses mit Wissen der Kontrahenten an einem bestimmten Orte befand, hat dort zu erfolgen.

8) H.G.B. Art. 344. Vgl. Stahl, Erfüllungsort, Goldschmidts Zeitschrift Bd. 18 n. 6.

§ 33. Klageort und Erfüllungsort.

Nach altrömischem Rechte konnte man eine Forderung, die an einem bestimmten Orte zu erfüllen war, nur an diesem Orte einklagen, und nirgend anders.[1]

Dies ist weniger befremdlich, als auf den ersten Blick erscheint. Denn wenn z. B. eine Forderung auf Wein oder Oel oder auch Geld, die in Ephesus zahlbar war, zu Rom eingeklagt wurde und es zur Geldkondemnation kommen sollte, auf welche die römischen Klagen ausliefen, konnte ihr unmöglich der Werth, den die eingeklagten Objekte hätten, wenn sie in Rom lieferbar wären, zu Grunde gelegt werden. Damit hätte man etwas Anderes zugesprochen, als geschuldet war. Es war vielmehr zu ermitteln, was eine Forderung auf Leistung zu Ephesus am Klageorte, in Rom, werth war. Dies konnte aber mit Sicherheit erst geschehen, als so zahlreiche Geschäfte gleicher Art geschlossen wurden, daß sich hierfür ein Marktpreis — ein Kurs auf Ephesus — feststellte. In der älteren Zeit Roms war das noch nicht der Fall. Daher wurde damals die Klage an einem anderen Orte als dem bestimmten Erfüllungsorte als nicht möglich angesehen.

Dies hatte erhebliche Inkonvenienzen im Gefolge. Denn die Einleitung des römischen Prozesses forderte die persönliche Gegenwart des Schuldners am Klageorte. Der Schuldner brauchte sich also nur am bestimmten Erfüllungsorte nicht treffen zu lassen, um die Möglichkeit einer Klage überhaupt zu vereiteln.

Seit häufig Geschäfte auf Objekte lieferbar an dritten Handelsplätzen vorkamen und ein Kurs derselben in Rom bestand, schuf daher der Prätor die „actio de eo quod certo loco dari oportet", die in jedem Gerichtsstande des Beklagten anstellbar war und bei welcher die Verurtheilung in Geld unter Zugrundelegung jenes Kurses oder eines sonst erweisbaren besonderen Interesses geschah.[2]

Der heutige Prozeß kennt einen besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes;[3] Klage kann aber auch in anderen Gerichtsständen des Schuldners erhoben werden.

---

1) l. 1 D. de eo quod certo loco 13, 4.

2) Vgl. Tit. D. de eo quod certo loco 13, 4, l. un. C. h. t. 3, 18. Die verschiedenen Ansichten über die Gründe des älteren Zustandes und der Nothwendigkeit besonderer Klage stellt zusammen Max Cohn, die actio de eo S. 5 ff. Daß die Klage zur Zeit Labeos bestand, geht aus l. 2 § 8 D. h. t. 13, 4 hervor. Wann ihre Einführung geschah, ist im übrigen ungewiß. Ueber die Formel siehe Lenel, Beiträge zur Kunde des prätorischen Ediktes 1878 S. 55 ff. und Edictum S. 191. Die Klage wird als arbitraria bezeichnet, vgl. oben Bd. 1 § 133 Anm. 2. Bei bonae fidei judicia bedurfte es einer besonderen Klagformel nicht.

3) C.P.O. § 29.

Wo man aber auch klagt, immer ist nach den allgemeinen Grundsätzen des heutigen Rechtes zunächst Erfüllung an dem bestimmten Erfüllungsorte zu fordern und auf sie zu verurtheilen.[4] Eine Verurtheilung in Geld geschieht in der Regel nur, wenn der Gläubiger wegen Nichteinhaltung der Lieferungszeit Gelderſatz zu verlangen befugt ist, ferner wenn sich der Erzwingung der Leistung am Erfüllungsorte Hindernisse entgegenstellen. Sie hat mit Berücksichtigung des Ortsinteresses zu geschehen. Und zwar ist sowohl die dem Gläubiger vortheilhafte wie nachtheilige Kursdifferenz zu beachten.[5]

§ 34. Zeit der Leistung.

Fällig ist die Forderung von der Zeit an, mit welcher die Leistung beansprucht werden kann.[1]

Die Fälligkeit tritt in der Regel unmittelbar mit der Entstehung der Forderung ein.[2] Ein Aufschub kann sich aber aus der Natur der schuldigen Leistung ergeben, oder sich nach den Geschäftsgebräuchen stillschweigend verstehen oder durch besondere Geschäftsklauseln festgestellt sein.[3] Häufig ist die Klausel der Kündigung, mit oder ohne Kündigungsfrist.[4]

Die Kündigung ist eine einseitige Erklärung; sie kann außergerichtlich oder durch Vermittelung des Gerichtes geschehen. Sie geschieht auch durch Erhebung der Klage. In der Regel muß sie unbedingt sein.[5] Sie geht bald von dem Gläubiger oder dessen Bevollmächtigtem, bald von dem Schuldner oder dessen Bevollmächtigtem aus und vollendet sich mit der Zustellung an den Gekündigten oder einen zur Annahme der Kündigung Bevollmächtigten.[6 7] Es liegt im Sinne des Institutes

---

4) Wächter, Erörterungen Heft 2 S. 123, Cohn a. a. O. S. 205.

5) l. 2 § 8 D. h. t. 13, 4, l. un. C. h. t. 3, 18.

1) Ist die Forderung fällig, so sagen die Römer: dies venit. Vgl. über diesen Ausdruck oben Bd. 1 § 114 Anm. 7.

2) l. 213 D. de V. S. 50, 16 .. ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies, l. 41 § 1 D. de V. O. 45, 1, l. 14 D. de R. J. 50, 17. Vgl. H.G.B. Art. 326.

3) l. 73 D. de verb. obl. 45, 1. Paulus libro 24 ad edictum: Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit, veluti si id quod in utero sit aut fructus futuros aut domum aedificari stipulatus sit., vgl. l. 14, 60, 73, 98 § 1. l. 137 § 2 D. eod.

4) Vgl. mein Preuß. Pr.Recht Bd. 2 § 60.

5) R.O.H.G. Bd. 4 S. 341.

6) Nur eine solche Kündigung ist für den Gekündigten rechtsverbindlich, auf welche er sich verlassen kann. Geschieht sie daher durch einen Bevollmächtigten, so muß diese Eigenschaft bei der Kündigung zweifelfrei festgestellt sein, nöthigenfalls durch

und entspricht dem loyalen Verkehre, denjenigen, welcher sich der Kündigung entzieht, so zu behandeln, wie wenn sie ihm zugestellt wäre.[8] Die Kündigung hat übrigens bald den Zweck der Beendigung eines dauernden Verhältnisses, z. B. einer Miethe oder einer Societät, bald die Aufgabe, von der hier gehandelt wird, die Fälligkeit einer Forderung herbeizuführen.

Die Befristung gilt im Zweifel ausschließlich als im Interesse des Schuldners.[9] Er kann daher den Gläubiger auch vorzeitig zur Annahme der Zahlung nöthigen;[10] Recht auf Abzug des Zwischenzinses — Rabatt oder Diskont — hat er aber nur, wenn er bedungen oder usancemäßig ist. Die Befristung kann auch im Interesse beider Theile geschehen; dann darf der Gläubiger die verfrühte Leistung zurückweisen, wie er sie nicht fordern kann: Bei verzinslichen, besonders hypothekarisch angelegten Forderungen ist dies derzeit in der Regel als Parteiabsicht anzusehen. Selbst Befristung bloß im Interesse des Gläubigers kommt vor. So ist z. B. eine Deponirung bis zu einem bestimmten Zeitpunkte aufzufassen. Denn hierdurch wird der Depositar kontraktlich verpflichtet, die Sache bis zu der vereinbarten Zeit für den Deponenten zu verwahren, aber der Deponent bleibt jederzeit zur Rückforderung befugt.[11]

Nur zu passender Zeit — bei Handelsgeschäften nur zur Geschäftszeit — kann Erfüllung verlangt und angeboten werden, es sei denn, daß sich der andere Theil mit der ungewöhnlichen Zeit zufrieden giebt.[12]

Vorlegen der Vollmacht. Hat aber der Gekündigte die Kündigung durch den Bevollmächtigten angenommen, ohne dessen Vollmacht zu bemängeln, so kann er die Kündigung nicht nachträglich um deswillen in Frage stellen, weil ihm bei derselben die Vollmacht des Kündigenden nicht vorgelegt sei. Dies wäre Chikane.

7) Wird die Kündigung von einem unbeauftragten Geschäftsführer erklärt, so ist ein Doppeltes möglich. Es kann sein, daß der Kündigende als auftragloser Geschäftsführer unter der Voraussetzung der Genehmigung des Geschäftsherrn auftritt und daß der Gekündigte die Kündigung unter dieser Voraussetzung annimmt, dann wird sie rückwärts hin mit der Genehmigung des Geschäftsherrn wirksam. Es kann aber auch sein, daß dem Gekündigten das Fehlen der Vollmacht nicht mitgetheilt war, dann ist die Kündigung durch den Unbeauftragten wirkungslos und erhält erst Kraft mit der dem Gekündigten zugestellten Mittheilung der Genehmigung.

8) Die Regel der l. 161 D. de R. J. 50, 17 — oben Bd. 1 § 109 Anm. 8 — ist auch hier anzuwenden.

9) l. 41 § 1 D. de verb. obl. 45, 1 . . apparet diei adjectionem pro reo esse, non pro stipulatore, l. 38 § 16 D. eod., l. 70 D. de solutionibus 46, 3, l. 17 D. de R. J. 50, 17.

10) l. 15 D. de annuis legatis 33, 1, l. 43 § 2 D. de leg. II. Vgl. H.G.B. Art. 334.

11) l. 1 §§ 45 und 46 D. depositi 16, 3.

12) l. 39 D. de solut. 46, 3 verb. „opportuno tempore", H.G.B. Art. 332. Vgl. oben Bd. 1 § 90 Anm. 16.

§ 35. Rechtliche Bedeutung der Zeitbestimmungen.

Die Absicht bei Setzung von Zeitbestimmungen kann entweder sein, daß der Gläubiger das Geschuldete von der Fälligkeit an *fordern* darf oder daß der Schuldner dasselbe am Fälligkeitstermine *anbieten* muß. Das *erstere* gilt im Allgemeinen als die Regel.[1]

Die Einhaltung der kontraktmäßigen Zeit hat verschiedene Bedeutung.

1. Sie ist in der Regel *einfache Pflicht*. Der Schuldner soll rechtzeitig leisten. Gleichwohl muß der Gläubiger auch ein verspätetes Angebot des Gegenstandes der Schuld annehmen, wenn ihm nur für den Schaden der Verzögerung zugleich Ersatz angeboten wird.

2. Die richtige Zeit kann aber auch eine *Bedingung* der Leistung bilden. Der Gläubiger ist dann berechtigt, im Falle der Nichteinhaltung der Zeit statt Erfüllung des Kontraktes Schadensersatz zu fordern.

Soll die Zeit Bedingung der Leistung sein, so wird sie meist *fest bestimmt*. Das geschieht bald mit einer gewissen Freiheit, z. B. es wird etwas „bei Eröffnung der Schifffahrt" oder „mit der Herbstsaison" versprochen,[2] bald so, daß präcis Tag oder auch Stunde der Erfüllung vereinbart wird. Geschäfte der letzteren Art sind die Fixgeschäfte des Handelsverkehrs, d. h. Zeitkäufe, die Handelsgeschäfte bilden, bei welchen die Zeit der Lieferung präcis bestimmt ist.[3]

Daß die Einhaltung der Zeit Bedingung der Leistung sein soll, wird zuweilen ausdrücklich ausgesprochen, z. B. durch Zufügung einer s. g. *kassatorischen Klausel*, wonach der Verkäufer oder Käufer nur gebunden ist, wenn der andere Theil zu der bestimmten Zeit seinerseits erfüllt. Jene Absicht kann auch sonst aus Art und Umständen des Vertrages bestimmt erhellen.

Nicht selten ist der *gegenwärtige Werth* einer erst *künftig fälligen unverzinslichen Forderung* zu ermitteln. Unter Anderem wird dies für Konkursforderungen im Konkurse des Schuldners nöthig. Jener Werth ist gleich der *Summe, welche bei zinsbarer Anlegung mit den auflaufenden Zinsen am Ver-*

1) Nach heutigem Rechte gilt diese Regel jedoch nicht im Falle der Zufügung eines dies certus. Vgl. unten § 40.

2) Bei der Miethe muß eine Verzögerung weniger Tage in Einräumung der Wohnung ertragen werden. Längere Verzögerung berechtigt zum Rücktritte, l. 24 § 4 D. locati 19, 2. Vgl. noch R.O.H.G. Bd. 7 S. 386, Bd. 9 S. 407, R.G. Bd. 1 S. 62.

3) H.G.B. Art. 357, siehe auch R.O.H.G. Bd. 24 S. 194.

falltage den Nominalbetrag der Forderung ergeben würde. Die Differenz dieser Summe und des Nominalbetrages der Forderung nennt man das Interusurium oder den Zwischenzins.[4]

Fünftes Kapitel.

Verschuldung, Verzug, Schadensersatz, Konventionalstrafe.

I. Verschuldung.[1]

§ 36. Die Verschuldung in Kontraktobligationen.

Strenge Haftung der Schuldner für ihre kontraktlichen Leistungen giebt einen Sporn zur genauen Vertragserfüllung und kommt damit der Gesundheit und Zuverlässigkeit des Verkehrs zu gute.

---

4) Man hat verschiedene Methoden für die Berechnung des Interusuriums aufgestellt. a) Die s. g. Karpzovsche, welcher auch die römischen Juristen huldigten — l. 88 § 3 D. ad legem Falcidiam 35, 2 — verfährt einfach, aber ungenau. Sie berechnet den Zins der geschuldeten Summe von der Gegenwart bis zum Verfalltage und zieht dies Interusurium vom Nominalbetrage der Forderung ab. Nach ihr hätte eine in 20 Jahren zahlbare Forderung heute bei Zugrundelegung des landesüblichen Zinsfußes von 5 % den Werth von Null. Hieraus erhellt handgreiflich die Unrichtigkeit dieser Methode. b) Es ist unzweifelhaft, wird auch heutzutage nicht mehr bezweifelt, daß vielmehr die Summe zu ermitteln ist, welche, verzinsbar angelegt, bis zum Verfalltage den Nominalbetrag der fraglichen Forderung erreicht. Auf dieser Basis ruhen zwei Methoden. Die eine hat Leibniz in seiner meditatio juridico-mathematica: de interusurio simplici, zum Urheber. Sie ermittelt die Summe, welche, wenn Zinsen und Zinseszinsen bis zur Fälligkeit zugeschlagen werden, der Schuldsumme nach ihrem Nominalbetrage gleichkommt. Die mathematische Richtigkeit dieser Methode sucht zu erhärten Oettinger im Archiv für civ. Praxis Bd. 29 n. 2. Vgl. auch Keil, das Interusurium 1854. Doch wer wollte sie bezweifeln? Dennoch rechnet die Leibnizsche Methode zu scharf mit dem Gläubiger. Denn dieser ist keineswegs immer im Stande, wenn ihm die bezügliche Summe derzeit ausgezahlt wird und er sie zinsbar anlegt, die Zinsen an ihrem Verfalltage stets pünktlich einzunehmen und sie sofort wieder verzinslich anzulegen. c) Mehr entspricht daher der Billigkeit die s. g. Hoffmannsche Methode, welche G. A. Hoffmann in seiner Klugheit Haus zu halten 1731 aufstellte. Dieselbe legt die Summe zu Grunde, welche mit Hinzurechnung ihrer Zinsen am Verfalltage den Nominalbetrag ausmacht. Diese Berechnungsweise hat die KO. § 58 für den Konkurs adoptirt. Sie ist nach deren Analogie allgemein zur Anwendung zu bringen. Viele Neuere wollen freilich vermitteln. Sie verlangen, daß der Richter je nach Umständen bald nur die Zinsen, bald auch die Zinseszinsen in Anschlag bringt. So Bangerow Bd. 3 § 587, Windscheid Bd. 2 § 274. Begreiflich liegen die Verhältnisse oft sehr verschieden. Dennoch wird man sich der eklektischen Methode nicht anschließen dürfen. Denn in derartigen Dingen bedarf es eines gleichförmigen Maßes.

1) Ueber Verschuldung im Allgemeinen vgl. oben Bd. 1 § 86. Die hauptsächliche Litteratur ist dort Anm. 3 citirt. Hinzuzufügen ist Ihering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht 1867, in dessen verm. Schriften 1879 S. 155 ff.

Schon in der älteren Zeit Roms bestand hierfür eine lebhafte Empfindung. In nicht wenigen Fällen reagirten gesetzliche, später auch magistratische Strafklagen gegen Untreue und Unsolidität. Hiervon abgesehen mußten sich die Gläubiger gegen die Gefahren der Nichtleistung oder unzulänglicher Leistung durch besondere Strafstipulationen beim Kontraktschlusse sichern. Solche wurden durchweg üblich.[2]

Im Uebrigen war die Haftung wegen Verschuldung im früheren Rechte eine unvollkommene und wenig ausreichende. Erst nach und nach kam es inmitten des Widerstreits der Interessen unter Kampf der Gesellschaftsklassen, dessen Spuren noch bei den klassischen Juristen nicht ganz verwischt sind,[3] zur Bildung von Rechtssätzen, welche die Haftung der Kontraktschuldner wegen jeder Verschuldung zur Regel machten.

Diese Normen sind im Allgemeinen nicht zwingend. Die Betheiligten können daher ihre Haftung durch Vereinbarungen mindern oder mehren. Zwei Sätze aber wurden unabänderliche Grundsäulen des Verkehrsrechtes.

1. Der Vertragsschuldner steht mindestens *für Dolus ein*. Verträge, wonach man für Dolus nicht haftet, sind nichtig; dies stellte die Autorität des Celsus fest.[4] Hiernach kann man sich keinen Freibrief *für künftigen Dolus* erschleichen; seine Ansprüche wegen *begangenen Dolus* aber darf der Gläubiger erlassen.

2. *Grobe Nachlässigkeit steht dem Dolus gleich*. Dieser

---

2) Strafstipulationen waren namentlich üblich, wenn es sich um „dare“ eines Objektes handelte, vgl. l. 69 D. de verb. oblig. 45, 1. Ganz gewöhnlich war es namentlich, sich gegen den Fall der Eviktion einer verkauften Sache durch Stipulation des Doppelten des Kaufpreises zu sichern. Und es kam kaum vor, daß man eine Handlung, z. B. den Bau eines Schiffes, ausbedang, ohne eine Strafe für den Fall der Nichtleistung hinzuzufügen. § 7 J. de verb. obl. 3, 15, l. 44 § 6 D. de obl. et act. 44, 7.

3) Das klingt z. B. noch aus der l. 13 § 1 D. de pign. a. 13, 7, Ulpianus libro 38 ad edictum heraus. Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit. Das nachdrückliche Betonen, daß der Gläubiger wie beim Kommodat für culpa einzustehen habe, weist auf die Prätention der Kapitalisten hin, nur für dolus zu haften, wenn die ihnen gegebenen Pfänder Schaden litten; die präcise Ablehnung andrerseits jeder Verantwortlichkeit des Gläubigers für bloßen Zufall deutet darauf, daß die Schuldner, welche die Pfänder nach Tilgung ihrer Schuld zurückforderten, von einer Berufung auf zufälligen Untergang nichts wissen wollten. Man legte dem Gläubiger schließlich nicht bloß Haftung für culpa, sondern auch für custodia auf, so daß sich als Recht ergab, ea igitur quae diligens paterfamilias in suis rebus praestare solet a creditore exiguntur: Paulus libro 29 ad edictum l. 14 D. h. t. 13, 7.

4) l. 23 D. de R. J. 50, 17 .. haec ita, nisi si quid nominatim convenit — vel plus vel minus — in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit — legem enim contractus dedit — excepto eo, quod Celsus putat, non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei judicio contrarium est. l. 27 § 3 D. de pactis 2, 14, l. 17 pr. D. commodati 13, 6, l. 1 § 7 D. depositi 16, 3, l. 6 § 9 D. de a. e. v. 19, 1.

Satz gilt richtiger Ansicht nach in der Regel für außerkontraktliches Verhalten wie für Kontrakte.[5 6] Bei reinen Strafklagen, z. B. bei der actio furti, war er nicht anwendbar.

Demnach kann man sich auch nicht im voraus Indemnität für grobe Nachlässigkeit durch Vertrag sichern.[7]

Diese Grundsätze haben eine hohe wirthschaftliche Bedeutung. Sie fördern die Erhaltung der Güter der Nation, denn die erhöhte Verantwortlichkeit spornt zur Aufmerksamkeit auf dieselben.

§ 37. Das Maß der Verschuldung bei den einzelnen Kontraktverhältnissen.

1. Regel des entwickelten Rechtes ist, daß der *Kontraktschuldner* für *jede*, also auch für *leichte Verschuldung* einsteht. Und zwar gilt dies nach jeder Seite hin.[1]

Das alte Recht verstand unter culpa nur positives den Gläubiger schädigendes *Thun*, nicht aber bloße *Vernachlässigung*. So blieb

---

5) Die regelmäßige Gleichstellung der lata culpa und des dolus wurde von der älteren Doktrin seit der Glosse anerkannt. In neuerer Zeit hat sie eine gründliche Vertheidigung durch F. Mommsen, Erörterungen Heft 2 S. 175 ff. gefunden. Ihm neigt sich Windscheid Bd. 1 § 101 Anm. 10 zu. Viele Neuere sind aber dafür, daß der Satz nur beschränkte Geltung habe. So Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 12, Pernice, Labeo Bd. 2 S. 425, neuerdings besonders Burckhard, Gleichstellung von dolus und lata culpa 1885. Dort finden sich S. 31 Litteraturangaben.

6) Für die regelmäßige Gleichstellung der lata culpa mit dem dolus im Gebiete des Privatrechtes spricht, daß sie in zahlreichen Anwendungsfällen anerkannt wird, und zwar nicht aus Gründen, die der besonderen Natur der bezüglichen Verhältnisse entnommen sind, sondern aus dem allgemeinen Grunde, weil „dissoluta neglegentia prope dolum est", l. 29 pr. D. mandati 17, 1, weil „lata culpa plane dolo comparabitur", l. 1 § 1 D. si mensor 11, 6. Schon Nerva, welcher, soweit wir wissen, zuerst unseren Satz vertheidigte, sprach geradezu aus „latiorem culpam *dolum esse*", l. 32 D. depositi 16, 3. und Paulus sagt libro 1 manualium l. 226 D. de V. S. 50, 16 „magna culpa dolus est". Die römischen Juristen wenden den Satz daher auch auf Fälle außerkontraktlicher grober Verschuldung an. So insbesondere l. 1 § 2 D. si is, qui testamento 47, 4. Vgl. auch l. 1 § 1 D. si mensor 11, 6, l. 8 § 3 D. si precario 43, 26. Zweifelhaft ist freilich l. 3 pr. D. de servo corrupto 11, 3. Für die regelmäßige Gleichstellung spricht auch die Manier der römischen Juristen, die, wenn sie einmal ein Schlagwort hatten wie „lata culpa dolus est", dasselbe auch durchweg zu verwerthen pflegten. Diese Methode entspricht den Bedürfnissen der Praxis, die bei allzuvielen und feinen Distinktionen unsicher wird. Und schließlich war, wie im Texte ausgeführt ist, die Gleichstellung auch im allgemeinen Interesse. Vgl. freilich R.G. Bd. 21 S. 165.

7) Für diese Ansicht R.O.H.G. Bd. 2 S. 293. Die Gegenansicht vertheidigt u. A. Burckhardt a. a. O. S. 104. Siehe dort die Litteratur über die Frage.

1) Er haftet also, wenn er schuldhafterweise nicht erfüllt oder nicht gehörig erfüllt, oder wenn er sonst bei der Ausführung des Vertrags schuldhafterweise Schaden anrichtet.

es selbst im späteren Rechte bei Stipulationen auf Geben einer bestimmten Sache.[2]

Aber bei den bonae fidei judicia stellte sich fest, daß wer für schuldhafte Handlungen — culpa — hafte, auch für die Sorgsamkeit eines guten Hausvaters — diligentia —, also auch wegen Unterlassungen einzustehen habe.[3 4] Dies ist ausnahmslose gemeinrechtliche Regel geworden.[5]

Die Verpflichtung zur Sorgfalt kann auch die zur Bewachung — custodia — in sich schließen, so daß der Schuldner angemessenen Verschluß anzubringen oder Wächter anzustellen oder andere Sicherungsmaßregeln zu treffen hat. Insbesondere muß er die geschuldete Sache gegen Feuer und gegen Diebe wahren.[6 7]

---

2) l. 91 pr. D. de verb. obl. 45, 1.

3) Geht man davon aus, daß „culpa" die technische Bezeichnung der Quellen für „Nachlässigkeit" sei — wie dies unter Anderen Windscheid Bd. 1 § 101 und Bd. 2 § 265 Anm. 2 thut —, so wird es zum Räthsel, daß die römischen Juristen untersuchen, ob, wer für „culpa" haftet, auch für „diligentia" einsteht, und warum beides, „culpa" und „diligentia", so oft von ihnen nebeneinander aufgeführt wird. Offenbar aber geschah die Gleichstellung der bloßen Vernachlässigung und der positiven Beschädigung erst sehr allmählich. Die Jurisprudenz hatte lange Zeit zu arbeiten, um sie in der Praxis einzubürgern. Zuerst scheint die Gleichstellung beim Kommodate durch Quintus Mucius Scaevola Anerkennung gefunden zu haben, l. 5 § 3 D. commodati 13, 6: Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet ejus cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam esse praestandam et diligentiam. Nach Alfenus Varus l. 11 D. de periculo et commodo 18, 6 forderte Servius Sulpicius diligentia auch vom Verkäufer. Sie liegt ferner dem Pfandgläubiger wie einem Kommodatar ob, vgl. die oben § 36 Anm. 3 abgedruckten l. 13, l. 14 D. de pigneraticia actione 13, 7. Schließlich nahm man an, daß die Haftung für Diligenz bei allen bonae fidei Geschäften einzutreten habe, in denen man für culpa levis einstand. So erklärt sich die l. 23 D. de R. J. 50, 17 Ulpianus libro 29 ad Sabinum: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum depositum et precarium. dolum et culpam mandatum et commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 281, Brinz Bd. 2 S. 261.

4) Die diligentia wird zuweilen als „exacta" oder „exactissima" bezeichnet. Aus l. 1 § 4 D. de obl. et act. 44, 7 und l. 72 D. pro socio 17, 2 geht hervor, daß hiermit der Gegensatz zur diligentia, quam in suis rebus, also zu der s. g. culpa in concreto betont werden soll. Anders Baron: diligentia exactissima oder Haftung für custodia im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 n. 2.

5) Von einer anderen Erweiterung, nämlich der Haftung für Kunstfehler bei Dingen, welche besondere Sachkenntniß fordern, ist oben Bd. 1 § 86 Anm. 9 die Rede gewesen.

6) Brinz Bd. 2 S. 361 hebt hervor, daß custodire eine gewisse Species von Handlungen bilde, z. B. Postenstehen, Umzäunen, Absperren, Verschließen, cautio damni Fordern, Kuriren, Repariren. Von diesem Standpunkte aus muß die Lehre ihre Aufhellung finden, welche durch die Abstraktionen und bloß schematische Behandlung vieler früherer Schriftsteller in hohem Maße verdunkelt ist. Die Haftung für custodia kann begründet sein a) in einem selbständigen Vertrage, durch welchen man Bewachung verspricht, l. 12 D. depositi 16, 3; b) als Nebenvertrag bei einem

Aber Bewachung ist aus diesem Grunde nur Pflicht, wenn sie die Verhältnisse des Falles dem guten Hausvater gebieten. Wer also z. B. die Früchte auf dem Felde verkauft hat, braucht sie in der Regel nicht besonders bewachen zu lassen.

Die durch die Diligenz bedingte Bewachungspflicht hat hiernach eine andere Tragweite als eine durch besonderen Kontrakt begründete.

Die erstere hat ihr Maß in dem, was üblich ist, die andere in den Bestimmungen des Kontraktes. Kommt der Schuldner den Vertragsbestimmungen über die Obhut nicht nach, so kann er sich dem Beschädigten gegenüber nicht darauf berufen, daß dieselben durch die gewöhnliche Sorgfalt nicht geboten waren. Er ist in Schuld, weil er sein Wort nicht hielt.

Auf Mißverständniß dieser Verschiedenheit beruht die Ansicht, daß wer „custodia" versprach, für „Zufall" einstehe.[8]

2. Wer bloß im Interesse des Gläubigers eine Schuld übernimmt, dessen Haftung beschränkt sich auf dolus und culpa lata.[9] Diesen Rechtssatz hat die römische Jurisprudenz von dem Depositum abstrahirt, bei welchem der Depositar, der ohne Lohn verwahrt, nur für dolus und schwere Verschuldung einsteht.[10]

---

andern Geschäfte, z. B. einem Verkaufe; c) endlich kann sie Folge der kontraktlichen Diligenz sein. Vgl. Engelmann custodiae praestatio 1887; Bruckner, c. nebst ihrer Beziehung zur vis major 1889.

7) Wer, wie der Depositar, bloß für dolus und culpa lata einzustehen hat, dem liegen besondere Bewachungsmaßregeln nicht ob. Daher heißt es geradezu, der Depositar stehe nicht für custodia ein, § 17 J. de obl., quae ex delicto 4, 1. Daß dies cum grano salis zu verstehen ist, liegt auf der Hand.

8) § 3a J. de empt. vend. 3, 23. Quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. sane enim, si susceperit ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit. Sklaven wurden in der Regel in Rom nicht besonders bewacht; sie hätten auch sonst nicht ihrem Erwerbe selbständig nachgehen können. Der Verkäufer hat also nicht für Bewachung verkaufter Sklaven zu sorgen, die bei sorgfältigen Hausvätern nicht gewöhnlich ist. Entflieht der Sklave gleichwohl, so ist dies ein Unfall, der den Käufer trifft. Ganz anders, wenn der Verkäufer Bewachung versprach. Dann haftet er, wenn er sie unterließ, für solchen casus. Damit ist nicht gesagt, daß ihn das Versprechen der custodia für jeden casus verbinde. Daß der Unternehmer, welchem der Arbeitsherr Sachen zur Behandlung übergiebt, regelmäßig für deren custodia einsteht, ergiebt sich von selbst l. 5 pr. D. nautae 4, 9, l. 14 § 17 D. de furtis 47, 2. Dennoch kommt es auch hier zweifelsohne auf die besondere Sachlage an — vgl. freilich Lehmann in der Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abth. Bd. 9 S. 110. — Nicht anders ist es beim Kommodatar l. 5 §§ 5 und 6 D. commodati 13, 6, l. 19 D. eod.

9) l. 5 § 2 D. commodati 13, 6, l. 108 § 12 D. de leg. I — Africanus.

10) l. 17 § 2 D. de praescr. verb. 19, 5. Daß der Depositar nur für dolus einstand, erklärt sich historisch dadurch, daß wegen des Depositums ursprünglich keine

Sie hat dies aber keineswegs schlechthin festgehalten.

Für jede Verschuldung ist verantwortlich, wer sich seinerseits zur Uebernahme des Depositums anbietet.[11]

Ferner steht der Mandatar, obgleich er das Mandat unentgeltlich übernimmt, für jede Verschuldung ein. Mit Rücksicht auf den Nutzen des Verkehrs wurde also der Rechtssatz gerade in dem wichtigsten Falle bei Seite gesetzt.

3. Nur für relative Sorgfalt — „diligentia quam suis", „culpa in concreto" —, hat man aufzukommen, wenn man Fremdes mit Eigenem zusammen zu verwalten hat, insbesondere beim Miteigenthume und bei der Societät, bei Verwaltung des Vermögens seiner Ehefrau und des Vermögens seiner Mündel.[12] Hier wird für die fremden Angelegenheiten nur die Sorgfalt verlangt, welche man in den eigenen anzuwenden pflegt.

4. Von nicht minderer Bedeutung, wie die Abgrenzung des Maßes der Verschuldung, ist die Beweisfrage. Auch sie wird überwiegend zu Ungunsten des Schuldners gelöst.

Der aus einem Kontrakte auf Erfüllung oder Entschädigung wegen Nichterfüllung belangte Schuldner hat, wenn er seine Befreiung wegen unverschuldeter Unmöglichkeit behauptet, diese darzuthun, also seine Schuldlosigkeit zu beweisen.[13]

Wer nur für culpa in concreto einsteht und sich auf sein unpräcises Benehmen in eigenen Angelegenheiten beruft, muß dies gleichfalls darlegen.[14]

Kontraktklage, vielmehr nur eine Deliktklage bestand, vgl. Dernburg, Kompensation S. 53, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 435. Ebenso haftete, weil er nicht als Kontraktschuldner angesehen wurde, der Prekarist nur für dolus und culpa lata, l. 8 § 2, § 3 und § 6 D. de precario 43, 26. Nicht anders stand es beim Feldmesser — mensor, l. 1 D. si mensor falsum modum dixerit 11, 6. Denn auch gegen die Feldmesser war nur eine Deliktsklage aufgestellt. Und hierbei bewendete es auch in der späteren Zeit, indem man daran festhielt „civiliter obligatus non est".

11) l. 1 § 35 D. depositi 16, 3.

12) l. 25 § 16 D. fam. erc. 10, 2, l. 72 D. pro socio 17, 2, l. 17 pr. D. de jure dotium 23, 3.

13) l. 9 § 4 D. locati 19, 2, l. 5 C. de pigneraticia a. 4, 24. Vgl. H.G.B. Art. 367 Abs. 1. Zweifelhaft ist die Beweislast freilich, wenn der Gläubiger wegen Nichterfüllung des Kontraktes Entschädigung fordert. Der Gläubiger hat dann die Kontraktpflicht nachzuweisen und sein Petitum auf Entschädigung dadurch zu motiviren, daß er die Unmöglichkeit der Erfüllung durch Schuld des Beklagten behauptet. Es ist Sache des Beklagten, trotzdem nachzuweisen, daß er entweder erfüllt habe, oder daß er zur Erfüllung bereit und im Stande sei, oder daß er ohne Verschuldung zur Erfüllung außer Stande sei. Der Beweis des Dolus des Beklagten ist Sache des Gläubigers, wenn er hierauf Rechte stützt. Doch ist auch dies bestritten, vgl. Windscheid Bd. 2 § 265 Anm. 17.

14) Die Distinktionen von Windscheid Bd. 2 § 265 Anm. 19 erledigen sich, wenn man das oben Bd. 1 § 86 Anm. 11 Bemerkte für richtig hält.

Gründet der Kläger aber Ansprüche auf eine Verletzung aus Veranlassung oder bei Gelegenheit der Ausführung des Kontraktes, so liegt ihm der Nachweis der Schuld des Beklagten ob.

§ 38. Verhaftung für fremde Verschuldung.[1]

In der Regel ist man nur für die eigene Schuld verantwortlich. Grundsätzlich haben daher Hausherren und Geschäftsherren für Beschädigungen durch ihre Hausuntergebenen, Angestellten und Gehülfen nur soweit aufzukommen, als sie selbst, wenn auch nur indirekt, hierbei eine Schuld haben. Diese kann unter Anderem liegen in mangelnder Sorgfalt bei der Auswahl — culpa in eligendo — oder in Nachlässigkeit bei der Ueberwachung — culpa in custodiendo — oder in unzureichender Ausrüstung und sonstigen mangelhaften Vorkehrungen.[2]

Das Princip der Nichthaftung des Herrn für seine Leute ließ sich nicht unbedingt durchführen. Die öffentliche Sicherheit und der Nutzen des Verkehres forderten Modifikationen — praktische Vermittelungen.

Vor Allem gilt dies für außerkontraktliche Beschädigungen.

Nach Civilrecht haftete der Hausvater für Delikte seiner Hausuntergebenen nur mit der actio noxalis, vermöge deren er entweder die Folgen ihres Deliktes gut zu machen oder den delinquirenden Hausuntergebenen dem Beschädigten zur Sühne — noxa — zu überlassen hatte.[3] Die Magistrate verschärften dies in nicht wenigen Fällen, indem sie den Hausherrn für gewisse Delikte der „familia" direkt und persönlich haften ließen.[4] Schiffer und Wirthe nahm man auch darüber

---

1) Ubbelohde in Goldschmidts Zeitschrift für H.R. Bd. 7 S. 199; Goldschmidt ebendaselbst Bd. 16 S. 284; R. J. Burchardt, über die Verantwortlichkeit des Schuldners für seine Gehülfen 1861; Wyß, die Haftung für fremde culpa 1867.

2) l. 27 § 9 D. ad legem Aquiliam 9, 2. Ulpianus libro 18 ad edictum: Si fornicarius servus coloni ad fornacem obdormisset et villa fuerit exusta, Neratius scribit ex locato conventum praestare debere, si neglegens in eligendis ministeriis fuit, l. 11 pr. D. locati 19, 2, l. 10 § 1, l. 11 D. commodati 13, 6, l. 20 D. eod., l. 20 § 3 D. neg. gest. 3, 5.

3) Ueber die Noxalklagen vgl. tit. Inst. de noxalibus actionibus 4, 8, Dig. 9, 4, Cod. 3, 41, ferner Wyß a. a. O. S. 8 und dort Citirte.

4) Unter Anderem gab der Prätor das interdictum de vi, wenn die familia des Hausvaters einen Besitzer gewaltsam aus seinem Grundstücke dejicirt hatte, l. 1 § 11 D. de vi 43, 16. Die publicani ferner hafteten für Gewaltthaten, Diebstähle, Sachbeschädigungen ihrer familia. l. 1 pr. § 5 D. de publicanis 39, 4. Auch der Haftung der Käufer für Beschädigungen der Kaufsache durch ihre familia und ihre procuratores nach dem ädilicischen Edikte, falls die Sache wegen Mängel redhibirt werden soll, mag hier gedacht werden, l. 25 § 1 D. de aedilicio edicto 21, 1.

hinaus für Diebstähle und Sachbeschädigungen ihrer Leute persönlich in Anspruch.[5]

Aehnliche Anschauungen gewannen bezüglich wichtiger Kontrakte Einfluß.

1. Der Geschäftsherr stand für die Verschuldung seiner Institoren in der Eingehung sowie der Ausführung von Gewerbegeschäften mit der actio institoria ein.[6] Dies war eine Folge der römischen Klageweise, nach welcher der Geschäftsherr ähnlich wie ein Bürge für die Verpflichtungen des Institors aus dessen Gewerbegeschäften einstand. Aber man muß dies auch für gerecht gehalten haben, sonst hätte man diese weitgehende Haftung für fremde Verschuldung nicht zugelassen. Um deswillen ist sie trotz der Veränderung der Klageweise auch im neueren Rechte festzuhalten.[7]

2. Der Unternehmer ferner ist im Falle einer locatio conductio operis — der Werkverdingung — für die Verschuldung seiner Angestellten und Gehülfen bei Ausführung der Unternehmens haftbar, auch wenn er persönlich ohne Schuld ist.[8]

---

5) l. 6 und 7 D. nautae caupones 4, 9, l. un. D. furti adversus nautas 47, 5.

6) l. 1 § 2 D. de exercitoria actione 14, 1, l. 5 § 8 D. de institoria actione 14, 3, l. 5 § 3 D. de doli mali exc. 44, 4. Dunkel ist die hierher gehörige l. 5 § 10 D. de institoria a. Hierüber vgl. neuerdings Schloßmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 9, siehe auch Arndts § 250 Anm. 7 und dort Citirte.

7) Die neueren Romanisten sind meist anderer Ansicht. Siehe Mitteis, Stellvertretung S. 288 und die dort citirten Schriftsteller.

8) l. 25 § 7 D. locati conducti 19, 2. Gajus libro 10 ad edictum provinciale: Qui columnam transportandam conduxit, si ea, dum tollitur aut portatur aut reponitur, fracta sit, ita id periculum praestat, si qua ipsius eorumque, quorum opera uteretur, culpa acciderit: culpa autem abest, si omnia facta sunt, quae diligentissimus quisque observaturus fuisset. idem scilicet intellegemus et si dolia vel tignum transportandum aliquis conduxerit: idemque etiam ad ceteras res transferri potest. Der Unternehmer steht hiernach nicht bloß für die eigene Schuld, sondern auch für die seiner Gehülfen ein. Wenn Goldschmidt a. a. O. S. 355 auszuführen sucht, daß eine Haftung in dieser Stelle nur angenommen werde, wenn der Schaden durch die Schuld des Unternehmers und seiner Leute entstanden sei, so ist diese Auslegung nicht annehmbar. Denn danach würde der Unternehmer selbst für die eigene Schuld nicht haften, wenn nicht auch eine Schuld seiner Gehülfen konkurrirte. Dies ist aber nicht denkbar. Offenbar hat also die Kopula die Bedeutung sowohl in dem „einen" wie „in dem anderen" Falle. Daß übrigens der Jurist einen besonderen Satz aussprechen wollte, und nicht das Selbstverständliche, daß der Unternehmer für seine culpa hafte, geht auch daraus hervor, daß er die Anwendung der Entscheidung bezüglich der Säule auf andere Fälle so nachdrücklich betont. — Die Auffassung von Goldschmidt theilt Windscheid Bd. 2 § 401 Anm. 5. Wolle man ihr aber auch nicht beistimmen, führt er aus, so sei es vollkommen erlaubt, anzunehmen, daß Gajus die culpa ipsius als culpa in eligendo gedacht habe. Es sei dies nicht gewagter, als in anderen Stellen, wo man eine derartige Annahme machen müsse. Es ist aber ein Unterschied, ob es sich um gelegentliche ungenaue Wendungen handelt oder um einen Satz, dem der Verfasser ausdrücklich eine allgemeine Tragweite zuschreibt. Und ist nicht der Ausspruch von Gajus über die Haftung des Principals für die Fehler der Gehülfen

Dagegen sind unter Anderem Miether und Kommodatare bezüglich der gemietheten und anvertrauten Sachen, Verkäufer hinsichtlich der Kaufobjekte, sowie gewöhnliche Mandatare und Geschäftsführer wegen Verschuldung ihrer Untergebenen nur ersatzpflichtig, wenn ihnen zugleich eigene Schuld zur Last fällt.[9] Hier bewendet es also bei den allgemeinen Grundsätzen.

§ 39. Haftung bis zur höheren Gewalt.[1]

Gewisse Gewerbetreibende haften beim Betriebe ihres Gewerbes für Unfälle „bis zur höheren Gewalt".

1. Das prätorische Edikt über das receptum nautarum cauponum legte Schiffern und Wirthen die unbedigte Haftung für unversehrte Rückgabe der von ihnen im Betriebe ihres Gewerbes aufgenommenen Objekte auf.[2] Dies war ein Nothgesetz, hervorgerufen durch die Unsicherheit der Straßen und Transporte in den letzten Zeiten der Republik,[3] welches ursprünglich keine Ausnahme kannte.

Nach dem Rechte der Kaiserzeit aber werden Schiffer und Wirthe

---

der praktisch vernünftige, entspricht er nicht der Tendenz, die überall bei den klassischen Juristen hervortritt, die Haftung für culpa zu verstärken! Wozu ihn also wegdeuten bloß zu Ehren eines Principes, welches vollständig durchzuführen doch nicht thunlich ist und das die Römer in vielen Fällen durch Ausnahmen durchbrachen. Vgl. Lehmann in d. Zeitschr. d. Savignystiftung rom. A. Bd. 9 S. 118; R.O.H.G. Bd. 13 S. 76; R.G. Bd. 10 S. 165, Bd. 23 S. 91.

9) Vgl. die oben Anm. 2 angeführten Stellen, siehe auch R.G. Bd. 21 S. 170.

1) Goldschmidt in seiner Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 3 S. 79 ff., S. 331 ff. und ebendaselbst Bd. 16 S. 328; Egner, Begriff der höheren Gewalt in Grünhuts Zeitschrift Bd. 10 S. 495; Dernburg ebendaselbst Bd. 11 S. 334; Huber, höhere Gewalt — Inauguraldissertation ohne Jahresangabe — Bern 1885; Hafner, Begriff d. h. Gewalt, Zürich 1887; Stucki, Begriff d. h. Gewalt, Berner Inauguraldiss. 1888; Bruckner, die custodia 1889 S. 253; Gerth, Begriff d. vis major 1890.

2) l. 1 pr. D. nautae caupones 4, 9. Ulpianus libro 14 ad edictum: Ait praetor: „nautae caupones stabularii quod cujusque salvum fore receperint nisi restituent, in eos judicium dabo".

3) Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechtes 3. Aufl. Bd. 1 S. 93 urtheilt hierüber, ich behaupte dies, „ohne Anhalt". Aber l. 1 § 1 D. h. t. in fine ist bekannt. Es ist nicht meine Gewohnheit, Allbekanntes mit reichen Citaten zu belegen. Goldschmidt seinerseits glaubt eine andere Entwickelung entdeckt zu haben. In altrömischer Zeit hätten Wirth und Reisender vor dessen Aufnahme regelmäßig einen ausdrücklichen mündlichen Vertrag über die Garantie der Unversehrtheit des Reisegepäcks des Gastes geschlossen, das sei Verkehrsusance geworden, welche das Edikt endlich sanktionirte. Also der Quirite kommt hungrig, durstig, müde nach langem Ritt Abends vielleicht bei Sturm und Regen an ein Wirthshaus. Aber er führt sein triefendes Pferd nicht in den Stall, er trocknet seine Kleider nicht drinnen im Haus, er ißt nicht und er trinkt auch nicht, ehe der gefällige Wirth das Reisegepäck ausdrücklich mit den Worten „salvum fore recipio" oder ähnlichen unter seine Garantie nimmt. Und wie, wenn sich der bäuerische Wirth auf die Vertragsworte nicht einläßt? Uebernachtete dann der römische Reisende draußen im Freien?

von der Haftung befreit durch den Nachweis *höherer Gewalt*, — vis major, damnum fatale — welche die aufgenommenen Objekte traf, sowie der eigenen Schuld der Reisenden.

Der Nachweis, daß ihnen selbst keine Schuld zu Last fällt, befreit die Schiffer und Wirthe nicht.[4]

2. Das H.G.B.[5] verbindet in ähnlicher Weise die *Frachtführer*, welche den Transport von Waaren im Binnenlande gewerbemäßig betreiben, sowie die *Verfrachter von Seeschiffen* für Schaden, den nicht höhere Gewalt oder das eigene Verschulden der Beschädigten veranlaßte.

3. Tödtung und Verletzung von *Personen* in Folge des *Betriebes einer Eisenbahn* machen deren Unternehmer schadensersatzpflichtig; nur im Falle höherer Gewalt oder eigenen Verschuldens des Betroffenen haften sie nicht.[6]

Was aber ist höhere Gewalt? Richtiger Ansicht nach ein Unfall, der nicht zu bannen war. In der Regel ist höhere Gewalt jeder Zufall, welcher durch die Sorgfalt des sorgsamen Hausvaters im gegebenen Falle nicht ausgeschlossen werden konnte. Wer aber das Gewerbe eines Wirthes, Frachtführers oder ein Eisenbahnunternehmen betreibt, hat mehr zu leisten, als bloß im Einzelfalle umsichtig zu verfahren. Er hat die zweckmäßigsten *Einrichtungen* zum Schutze des Publikums zu treffen. Was *durch die umsichtigsten Schutzvorrichtungen nicht verhütet werden kann, also menschlicher Kraft und Vorsicht spottet*, ist hier höhere Gewalt.[7]

---

4) l. 3 § 1 D. h. t. 4, 9. Ulpianus libro 14 ad edictum... hoc edicto omni modo qui recepit tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contingit. inde Labeo scribit, si quid naufragio aut per vim piratarum perierit, non esse iniquum exceptionem ei dari. idem erit dicendum et si in stabulo aut in caupona vis major contigerit. § 2. Eodem modo tenentur caupones et stabularii, quo exercentes negotium suum recipiunt: ceterum si extra negotium receperunt, non tenebuntur.

5) H.G.B. Art. 395 ff., Art. 607 ff.

6) Reichshaftpflichtgesetz v. 7. Juni 1871 § 1.

7) Seit der Glosse stehen sich zwei Grundansichten über den Begriff der höheren Gewalt gegenüber. Nach der einen bilden gewisse *ein für allemal bestimmte Zufälle* — z. B. Erdbeben, Wasserfluthen, Feindeseinbruch, s. g. äußere Ereignisse — höhere Gewalt; nach der anderen ist das Kriterium die *Unvermeidlichkeit*, so daß es auf das Verhalten der in Anspruch genommenen Person ankommt. Der ersteren Ansicht hat neuerdings Exner in scharfsinniger Weise eine eigenartige Gestalt gegeben. Nach ihm ist höhere Gewalt ein Ereigniß, welches außerhalb des Betriebskreises des betreffenden Verkehrsunternehmens, entstanden durch Hereinwirken in diesen Betriebskreis, einen Schaden an Leib oder Gut veranlaßt hat und welches, vermöge der Art und Wucht seines Auftretens, die im ordentlichen Laufe des Lebens zu gewärtigenden Zufälle augenscheinlich übersteigt. So auch Unger in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 417. Hiergegen vgl. Dernburg a. a. O.: Vis major

II. Verzug.[1]

§ 40. Verzug des Schuldners. Voraussetzungen.

Der Schuldner ist in Verzug, wenn er schuldhafterweise nicht zur rechten Zeit erfüllt.[2]

Der Verzug des Schuldners verlangt:

1. Fälligkeit der Forderung.

Es muß also der etwaige Zahlungstermin herangekommen, die etwa vorbedungene Kündigung erfolgt, die dem Kontrakte zugefügte Bedingung eingetreten sein. Bei zweiseitigen Geschäften, welche Zug um Zug zu erfüllen sind, hat, wer den Gegentheil in Verzug setzen will, den Austausch der Leistungen seinerseits anzubieten.

Wer durch Exception geschützt ist, kommt nicht in Verzug;[3] ebensowenig, wer bloß naturaliter schuldet.[4]

2. Um den Schuldner in Verzug zu setzen, bedarf es ferner regelrecht der Zahlungsaufforderung des Gläubigers — interpellatio.[5]

---

ist, was die menschliche Vorsicht und Kraft übersteigt. Die Frage ist also, was wird an menschlicher Kraftentwickelung mit Recht gefordert? In der Regel genügt Vermeidung jeder culpa. Um deswillen wird in sehr vielen Stellen culpa und vis major unmittelbar aneinander gerückt, wobei unmöglich vis major bloß „äußerer Zufall" sein kann. Vgl. l. 13 § 1 D. de pigneraticia actione 13, 7. l. 30 D. eod., l. 2 § 1 D. de periculo et commodo 18, 6. Bei den Gewerbegeschäften des Wirthes und Schiffers wird auch Veranstaltung bestmöglicher, das Publikum sichernder Einrichtungen gefordert. Nicht treffend ist der Einwand — so z. B. wieder Gerth a. a. O. S. 117 —, daß dies ohnehin durch die kontraktliche Diligenz absolut gefordert, die Nichteinrichtung also schlechthin culpa sei. Was zur kontraktlichen Diligenz gehört, darüber entscheidet die öffentliche Meinung und diese macht so hohe Anforderungen nicht, daher war eine positive Bestimmung zum Schutz des Publikums nöthig. Im Wesentlichen übereinstimmend R.G. Bd. 21 S. 13.

1) Tit. Dig. de usuris et fructibus et causis et omnibus accessionibus et mora 22, 1; Litteratur: Madai, d. L. von der Mora 1837; Wolff, z. L. von der Mora 1841; Fr. Mommsen, d. L. von der Mora in seinen Beiträgen zum Obligationenrecht Abth. 3 1855; Kniep, die Mora des Schuldners, 2. Bd. 1871 ff.

2) Das Wort mora hat die doppelte Bedeutung, einmal Verzögerung der schuldigen Leistung objektiv genommen, dann schuldhafte Versäumniß. Beide Bedeutungen stellt Paulus libro 37 ad edictum l. 24 pr. D. h. t. 22, 1 in der Weise eines Wortspiels gegenüber: Si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si juste ad judicium provocavit.

3) l. 54 D. de pactis 2, 14, l. 40 D. de rebus cred. 12, 1.

4) l. 88 D. de R. J. 50, 17.

5) l. 32 D. h. t. 22, 1. Marcianus libro 4 regularum: Mora fieri intellegitur non ex re, sed ex persona, id est, si interpellatus opportuno loco non solverit. Zuvielforderung des Gläubigers hindert den Eintritt des Verzuges bezüglich des wirklich Geschuldeten nicht unbedingt, vielmehr nur dann, wenn der Gläubiger den Betrag der wirklichen Schuld nicht annehmen wollte, vgl. R.G. Bd. 9

Die Interpellation muß an passendem Orte und zu passender Zeit geschehen.[6] Der Gläubiger hat das Recht der Interpellation nur, wenn er zur Annahme der Zahlung befugt ist.[7] An seiner Stelle können sie Bevollmächtigte und gesetzliche Vertreter vornehmen, keineswegs aber unbeauftragte Geschäftsführer.[8] Die Aufforderung muß an den Schuldner[9] oder den zur Entgegennahme derartiger Erklärungen legitimirten Vertreter desselben geschehen.[10]

Auch ohne Interpellation kommt der Schuldner in Verzug:

a) wenn seine Schuld dadurch entstanden ist, daß er sich fremden Gutes diebisch oder sonst dolos bemächtigte,[11]

S. 141. Daß in der Klage auf die Leistung sowie in Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren eine Mahnung liegt, ist selbstverständlich. Daß sie in einer Feststellungsklage nicht liegt, versteht sich nicht minder von selbst. Nach H.G.B. Art. 288 Abs. 2 gilt Uebersendung einer Rechnung für sich allein nicht als Mahnung.

6) l. 32 D. h. t., l. 49 § 3 D. de V. O. 45, 1. Eine vor der Fälligkeit der Schuld eingehende Mahnung, laut deren der Schuldner nach der Fälligkeit zahlen soll, muß aber genügen. Windscheid Bd. 2 § 279 Anm. 4. In einer Kündigung liegt eine Mahnung zur Zahlung nach Ablauf der Kündigungsfrist.

7) Kniep a. a. O. Bd. 1 S. 166 nimmt an, daß Unmündige und andere Verpflichtungsunfähige, sofern sie Rechte erwerben können, zur Mahnung befugt seien, trotzdem daß sie nicht zur Zahlungsannahme berechtigt seien. Ein unmündiger Junge könne z. B. mahnen, daß ihm seine Jacke geliefert, sein Lesebuch zurückgegeben werde. Gewiß — aber er gilt auch zur Annahme dieser Dinge als von seinem Vorstande legitimirt. Dagegen müßte es zu verkehrten Resultaten führen, wenn er rechtsgültig mahnen dürfte, daß das vom Vormund gekaufte, für die Oekonomie nöthige Pferd abgeliefert würde, was vielleicht zunächst noch gar nicht erwünscht ist. Die Mahnung ist Verwaltungsakt, die in der Regel nur dem Verwalter zusteht.

8) Paulus libro 37 ad edictum l. 24 § 2 D. h. t. 21, 1 scheint das Gegentheil auszusprechen: Mora videtur creditori fieri, sive ipsi sive ei, cui mandaverat, sive ei, qui negotia ejus gerebat, mora facta sit. Doch man wird hier nur an den Gegensatz eines Specialmandats zu generieller Bevollmächtigung denken dürfen. Denn es besteht bei der Mahnung durch Jemanden, der sich ohne Auftrag in die Verwaltung gedrängt hat, keine Sicherheit dafür, daß der Gläubiger die Lösung des Schuldverhältnisses will. Man denke, es habe Jemand bei seiner Abreise Geldsummen deponirt; ein Dritter drängt sich in die Verwaltung seiner Geschäfte ein. Wie soll der Depositar, den ein solcher negotiorum gestor während Abwesenheit des Deponenten zur Rückzahlung mahnt, in Verzug kommen, obgleich er dem Mahnenden nicht mit liberatorischem Effekte zahlen kann. Vgl. übrigens Mommsen a. a. O. S. 53, Kniep a. a. Bd. 1 § 20, Brinz Bd. 2 S. 293. Das oben § 34 Anm. 6 und 7 Bemerkte ist entsprechend auf die Mahnung anzuwenden.

9) Der Schuldner muß handlungsfähig sein, l. 24 D. de verb. oblig. 45, 1.

10) Unzweifelhaft und unbezweifelt ist, daß gesetzliche Vertreter, insbesondere Vormünder, statt des Vertretenen gemahnt werden können, l. 24 de D. de verb. obl. 45, 1. Das Gleiche gilt heutzutage bezüglich der Vertreter der juristischen Personen. Ueber die l. 78 D. de leg. II vgl. oben Bd 1 § 66 Anm. 8. Bestritten ist die Frage bezüglich der freiwilligen Vertretung. Vgl. Brinz Bd. 2 S. 294 Anm. 18. Die mora des Hauptschuldners versetzt den Bürgen zwar nicht in mora, schadet ihm aber in der Regel, da er für die Verbindlichkeiten des Hauptschuldners, wie sie sich gestalten, haftet, l. 91 § 4 D. de verb. obl. 45, 1, Brinz Bd. 2 S. 295 Anm. 22. Die mora des Bürgen schadet dem Hauptschuldner nicht. Vgl. übrigens Brinz S. 295 Anm. 24.

11) l. 8 § 1 D. de condictione furtiva 13, 1: semper enim moram fur facere videtur, siehe ferner l. 1 § 35 D. de vi 43, 16.

b) wenn er sich der Interpellation entzieht;[12] dies ist der Fall, wenn er weder in seinem Domicil beziehungsweise seiner Handelsniederlassung, noch am kontraktlich bestimmten Erfüllungsorte zu treffen ist, auch keinen Vertreter dort zurückgelassen hat, so daß der Gläubiger die Interpellation vergeblich versucht,[13]

c) wenn ein bestimmter Zahlungstermin vereinbart war und an diesem Tage nicht gezahlt wird. Dies hat die gemeinrechtliche Praxis angenommen. Sie hält sich an den Spruch: „dies interpellat pro homine".[14]

---

12) l. 23 D. h. t. 22, 1. Ulpianus libro 34 ad edictum: Aliquando etiam in re moram esse decerni solet, si forte non exstat, qui conveniatur.

13) Eine vor Gericht abgegebene Erklärung des Gläubigers, wie sie Mommsen a. a. O. S. 74 fordert, ist nicht nöthig. Nur muß der Gläubiger den Willen, daß Zahlung geleistet werde, in bestimmter Weise zu erkennen geben. Es genügt daher unter Anderem, daß man sich selbst oder daß ein Notar sich in die bisherige Wohnung des Schuldners begiebt und daß dort eine Urkunde aufgenommen wird, welche den vergeblichen Versuch, Zahlung zu erlangen, konstatirt, vgl. Brinz Bd. 2 S. 297 Anm. 88. Vgl. jetzt auch Windscheid Bd. 2 § 278 Anm. 12.

14) Dies ist eine der berühmtesten Streitfragen des gemeinen Rechtes. Schon die Glosse „committitur" zu l. 9 D. h. t. 25, 1 lehrte, daß „interpellari videtur ab ipsa die constituta", und dies wurde gemeine Meinung, die auch in Deutschland allgemeine Anerkennung und Anwendung fand, bis sie Savigny in seinen Vorlesungen und später Neustetel im Archiv für civ. Praxis Bd. 5 n. 8 bestritt. Seitdem sind die Ansichten getheilt; vgl. die bei Windscheid § 278 Anm. 4 citirten Schriftsteller. Daß den Römern der Satz „dies interpellat" unbekannt war, ergiebt Folgendes: a) Die Regel, daß die mora in Folge einer Interpellation — non ex re, sed ex persona — entstehe, wird als eine ganz allgemeine ausgesprochen l. 32 pr. D. h. t. 22, 1. Dies hätte einer Einschränkung bedurft, wenn sie für alle Schulden mit bestimmten Zahlungsterminen — also einen sehr häufigen Fall — nicht gegolten hätte. b) Die Juristen erwähnen das Vorkommen besonderer Ausnahmen an verschiedenen Stellen. Die mora solle „aliquando" ex re entstehen, namentlich wenn der Schuldner nicht zu finden sei. Mußte der Fall der Hinzufügung eines Zahlungstermins nicht näher liegen? Wie sollte sich erklären, daß ein so einflußreicher, so praktisch wichtiger Satz nirgends mit ausdrücklichen Worten hervorgehoben wurde, wenn er bestand. In diesem Falle liefert das Schweigen, wie uns däucht, vollen Beweis. c) In l. 17 § 4 D. de h. t. 22, 1 entscheidet Paulus libro singulari de usuris: Ex locato qui convenitur, nisi convenerit ut tardius pecuniae illatae usuras deberet, non nisi ex mora usuras praestare debet. Für den Miethzins wird doch gewiß die Zahlungszeit oft vereinbart, dennoch wird hier allgemein entschieden, daß Zinsen in Fällen verspäteter Zahlung der Miethe nicht ohne Weiteres, sondern erst vom Verzuge an laufen, daß es also noch besonderer Veranstaltung zur Herbeiführung des Verzuges bedarf. — Die Stellen, auf die sich die Gegner berufen, können das Resultat nicht erschüttern. Man führt hauptsächlich zwei an: a) In der l. 10 C. de act. empti venditi 4, 49 reskribiren Diokletian und Maximian: Cum venditorem carnis fide conventionis rupta tempore placito hanc non exhibuisse proponas, empti actione eum quanti interest tua tunc tibi praestitam fuisse apud praesidem provinciae convenire potes. — Bei Lieferungsgeschäften über Fleisch mit bestimmter Lieferungszeit ist die rechtzeitige Leistung in der Regel Kontraktbedingung, verspätetetes Angebot daher kein kontraktgemäßes. Um deswillen ist der Preis der Lieferungszeit zu ersetzen, ohne daß es auf die Frage des Verzugs im technischen Sinne ankommt. Daß heißt nicht, wie Windscheid a. a. O. meint, etwas in die Stelle hineintragen, sondern nur das, was in ihr liegt, entwickeln. b) In l. 114 D. de verb. obl. 45, 1 äußert Ulpianus libro 17

3. Die Verzögerung muß in einer *Verschuldung des Schuldners* ihren Grund haben.[15]

Es besteht also ein Unterschied zwischen dem bösen Schuldner und dem redlichen, ähnlich wie auf dem Gebiete des Sachenrechtes zwischen dem unredlichen und redlichen Besitzer. Doch soll dies nicht ein Deckmantel heuchlerischer Chikane und eine Schädigung des Kredites werden. *Wer nicht rechtzeitig zahlt, was er schuldet, erscheint schon um deswillen in Verschuldung.*[16]

Der Schuldner muß also seinerseits *Entschuldigungsgründe* vorbringen, um die Annahme einer Verschuldung abzuwehren.

Dieselben können in *äußeren Hindernissen* liegen, welche sich der Zahlung entgegenstellen, z. B. Wassersnoth oder Krieg und Revolution, welche die Kommunikation unterbrechen.[17]

Auch *Unkenntniß* der Forderung kann entschuldigen. Doch ist dies nicht leicht zu nehmen. Der Schuldner hat sich über Existenz und Betrag einer ihm gegenüber geltend gemachten Schuld möglichst zu vergewissern.[18] Nur wenn trotzdem die Ueberzeugung von der Nichtschuld begründet erscheint, ist er entschuldigt.

---

ad Sabinum: Si fundum certo die praestari stipuler et per promissorem steterit, quo minus ea die praestetur, consecuturum me, quanti mea intersit moram facti non esse. Die Frage, welche hier zur Erörterung stand, war diejenige nach den *Wirkungen* der mora, ob nämlich bei der condictio eines fundus das Zögerungsinteresse in Betracht komme, oder etwa nur der Werth des Grundstücks im Augenblicke der Litiskontestation; vgl. l. 3 und l. 4 D. de condictione triticaria 13, 3. Welches die *Bedingungen* des Verzuges waren, ist aus dieser Stelle nicht zu entnehmen, da die Worte „si per promissorem steterit" die verschiedensten Lösungen offen halten. — Indessen ist in dieser Lehre nicht das reine römische Recht recipirt, vielmehr hat die Praxis den Grundsatz „dies interpellat" übernommen und festgehalten. Vgl. namentlich Mommsen a. a. O. S. 84 ff.

15) Ob die mora debitoris eine culpa fordere, ist Streitfrage. Zu den Gegnern gehört Kniep a. a. O. Bd. 1 S. 326, siehe dort S. 406 die Litteratur der Frage. Daß die Römer die mora auf culpa zurückführten, ergiebt l. 91 § 3 D. de verb. obl. 45, 1. Von „inculpata mora" spricht daher l. 9 § 1 D. de usuris 22, 1. Es erklärt sich ferner das Vorkommen von Exkulpationsgründen der mora wissenschaftlich am besten daraus, daß die mora grundsätzlich Verschuldung erforderte. Mit Recht hebt aber Kniep a. a. O. hervor, daß die Schriftsteller, welche die Verschuldung auf ihre Fahne schreiben, keineswegs um deswillen einer und derselben Auffassung huldigen und ebensowenig ihre Gegner. So steht z. B. Windscheid Bd. 2 § 277, der wie wir die Verschuldung fordert, doch im praktischen Resultate auf einem ganz anderen Standpunkte, als er hier vertreten wird.

16) Kläger hat daher zum Beweise der mora nur die Fälligkeit der Forderung und die Mahnung darzuthun. Paulus sent. III 8 § 4 . . . mora autem fieri videtur, cum postulanti non datur, vgl. Mommsen a. a. O. S. 23, Brinz S. 289. Namentlich ist aus l. 5 D. de rebus creditis 12, 1 keineswegs abzuleiten, daß Kläger behufs des Nachweises der mora darzuthun habe, daß Beklagter seine Verpflichtung gekannt habe.

17) l. 23 pr. D. h. t. 22, 1, vgl. l. 21 D. eod.

18) Die Vermuthung spricht dafür, daß der Schuldner, welcher prozessirt statt zu zahlen, in Verzug ist. Vgl. oben Bd. 1 § 154 Anm. 10.

Mangel an Zahlungsmitteln gilt nie als Entschuldigung der Nichterfüllung.[19]

§ 41. Folgen des Verzuges des Schuldners.

Der säumige Schuldner schuldet dem Gläubiger das Interesse an rechtzeitiger Leistung.[1]

Doch das Recht begnügt sich nicht mit einer so allgemeinen Regel. Bei der Schwierigkeit der Darlegung und des Nachweises des Interesses hätte sie dem Gläubiger keine ausreichende Gewähr für den vollen Ersatz dessen geboten, was ihm in Wahrheit entging. Man entwickelte vielmehr konkretere Sätze, welche dem Gläubiger den Beweis seines Interesses im Einzelnen bis zu einem gewissen Grade ersparen.

1. Vom Verzuge an trägt der Schuldner die Gefahr des Unterganges sowie der Verschlechterung der geschuldeten Sache.

Die altrömische Jurisprudenz hatte dies in der Form festgestellt, daß der Verzug der Obligation perpetuire. In Folge dessen konnte der Gläubiger, welchem der Sklave Stichus geschuldet war, falls derselbe nach dem Verzuge des Schuldners verstarb, immer noch klagen „Stichum dare oportere". Auf Grund solcher Klage war ihm der Werth der todten Seele vom Richter zuzusprechen, wie wenn sie noch lebte.

Die Jurisprudenz der Kaiserzeit rechtfertigte diese Verurtheilung dadurch, daß der Gläubiger das Schuldobjekt durch Verkauf bei rechtzeitiger Leistung verwerthen und so den Schaden abwenden konnte.

Hiervon ausgehend verstattet man den Schuldner zum Gegenbeweise, daß der Zufall die Sache auch beim Gläubiger im Falle rechtzeitiger Leistung getroffen hätte. Zu diesem Beweise gehört aber auch, daß der Gläubiger das Geleistete behalten und nicht ver-

---

19) Windscheid dagegen behauptet, „auch Zahlungsunfähigkeit, wenn sie durch unverschuldete Unglücksfälle herbeigeführt ist, muß als Entschuldigungsgrund gelten." Dies steht in Widerspruch mit l. 137 § 4. D. de verb. obl. 45, 1: et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet. Es ist jene Auffassung auch unvereinbar mit einem gesunden Kreditwesen. Auf eine Erörterung darüber, weshalb der Schuldner in den Zustand der Zahlungsunfähigkeit kam, braucht sich der Gläubiger nicht einzulassen. Vgl. Brinz Bd. 2 S. 391.

1) l. 36 § 2 D. de usu fructu 7, 1, l. 114 D. de verb. obl. 45, 1.

kauft hätte. Und dieser Nachweis kann nur in seltenen Fällen gelingen.[2]

2. Der Schuldner haftet weiter für die Preisminderung, welche die geschuldete Sache nach dem Verzug erfuhr.[3]

Auch dies war eine Folge der Idee, daß dem Gläubiger zu Theil werden müsse, was er durch Verkauf des Schuldobjektes hätte erlangen können, wenn es rechtzeitig geliefert worden wäre.

Der etwaige höhere Werth der Zwischenzeit zwischen dem Eintritt des Verzugs und der wirklichen Leistung oder der Verurtheilung gebührt dem Gläubiger nur, wenn er darthut, daß er bei rechtzeitiger Lieferung gerade jenen günstigen Moment benutzt hätte.

Nur der Dieb hat den höchsten Werth der Zwischenzeit

---

2) Seit den Glossatoren ist streitig, ob der Schuldner in Folge der Perpetuation der Obligation unbedingt vom Augenblicke der mora die Gefahr trage, oder ob er frei werde, wenn der Untergang den Gläubiger auch dann getroffen hätte, falls die Leistung des Schuldgegenstandes rechtzeitig an den Gläubiger geschehen wäre. Vgl. über die Geschichte dieser Kontroverse Madai a. a. O. S. 289. Madai selbst vertritt die strengere Ansicht, während die heutigen Juristen überwiegend der milderen Auffassung huldigen. Ihr ist auch beizutreten. Nur ist, was meist nicht geschieht, die historische Entwickelung zu beachten. Aufgestellt wurde der Satz der Perpetuation von den republikanischen Juristen als ein selbständiger und unbedingter. Er ist eine constitutio juris. l. 91 § 3 D. de verb. obl. 45, 1. Paulus libro 17 ad Plautium: Sequitur videre de eo, quod veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, quemadmodum intellegendum sit, vgl. l. 82 § 1 D. eod., l. 24 D. de usuris 22, 1. Seit der Kaiserzeit erregte jedoch diese Feststellung der alten Jurisprudenz Bedenken. Ulpianus libro 22 ad Sabinum — l. 47 § 6 D. de leg. I — berichtet über eine Aeußerung von Labeo zu ihrer Rechtfertigung: Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere. Der Ausspruch von Labeo zündete. Was er zur Rechtfertigung des alten Satzes vorgebracht hatte, wurde nun als der leitende juristische Gedanke behandelt. Ulpianus libro 16 ad edictum l. 15 § 3 D. de rei vind. 6, 1 zieht hieraus Konsequenzen: Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique ajunt: sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset, moram passo debere praestari: nam si ei restituisset, distraxisset et pretium esset lucratus. Vgl. l. 14 § 1 D. depositi 16, 3. Die Modifikation der alten Regel durch Ulpian ist als das geltende Recht anzusehen. Sie entspricht der Billigkeit. Doch nicht der Gläubiger hat, wie Einige meinen, zu beweisen, daß er bei rechtzeitiger Leistung veräußert hätte; dem Beklagten liegt der Beweis ob, daß der Gläubiger nicht veräußert hätte. Für die Beweispflicht des Gläubigers in Betreff des Verkaufes ist u. a. Kniep a. a. O. Bd. 2 S. 45. Vgl. über die Frage Windscheid Bd. 2 § 280 Anm. 15 und dort Citirte. Uebrigens genügt der Schuldner seiner Beweispflicht, wenn er Umstände darthut, aus denen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit ergiebt, daß der Gläubiger nicht verkauft hätte. Gewißheit läßt sich bei derartigen hypothetischen Dingen nicht erbringen.

3) l. 3 § 3 D. de a. e. v. 19, 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Si per venditorem vini mora fuerit, quominus traderet, condemnari eum oportet, utro tempore pluris vinum fuit, vel quo venit vel quo lis in condemnationem deducitur . . . Freilich muß bei dieser Stelle unterstellt werden, daß der Verkäufer sofort nach dem Verkaufe in Verzug gerieth, indem ihn der Handel reute.

schlechthin zu ersetzen. Er muß sich gefallen lassen, daß der Gläubiger ihm gegenüber auch entfernte Gewinnchancen geltend macht.[4]

3. Der Gläubiger hat vom Verzuge an Anspruch auf die Verzugszinsen der geschuldeten Geldsummen und auf die vom Beklagten gewonnenen und selbst auf die gewinnbaren Früchte, wie auch auf andere Erträgnisse der geschuldeten Sache.[5 6]

Es wäre nicht unbillig, die Verpflichtung zur Leistung von Zinsen und Früchten an die Fälligkeit der Schuld zu knüpfen, ohne Rücksicht auf die Gründe der Versäumniß. Denn der Schuldner wird in der Regel die Nutzungen des fälligen Kapitales noch gewinnen, während sich die Zahlung hinausschiebt. Indessen wurde eine derartige Verpflichtung nicht allgemein, sondern nur in einigen besonderen Fällen angenommen, namentlich, wenn der Gläubiger minderjährig ist.[7]

4. Ist die Geltendmachung einer Forderung durch Endtermin beschränkt, so fällt diese Beschränkung weg, wenn der Schuldner vor dessen Eintritt in Verzug kommt.[8]

4) l. 8 § 1 D. de condictione furtiva 13, 1. Ulpianus libro 27 ad edictum: Si ex causa furtiva res condicatur, cujus temporis aestimatio fiat, quaeritur. placet tamen id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit, maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur. Mit Unrecht leiten Manche aus dieser Stelle eine allgemeine Regel des Verzuges her, siehe Windscheid Bd. 2 § 280 Anm. 19.

5) Während die Perpetuation und die sich hieraus entwickelnden Rechtssätze den stricti juris judicia und einer constitutio der Juristen die Entstehung danken, haben sich die Ansprüche wegen der Verzugszinsen und der Früchte bei den bonae fidei judicia entwickelt: l. 32 D. h. t. 22, 1, l. 24 D. depositi 16, 3. Wie dies dann auf Vermächtnisse ausgedehnt wurde, ergiebt Gajus Inst. II. 280, Paulus sent. III. 8 § 4, l. 24 D. de usu fructu legato 33, 2, l. 34 D. h. t. 22, 1. Der Reichsdeputations-Abschied von 1600 § 139 erkannte Verzugszinsen den Kreditoren ohne zu unterscheiden allgemein zu.

6) Die Ausnahmen siehe oben § 29 Anm. 6.

7) Vgl. oben § 29. Es ist bestritten, ob die Schuldner Minderjähriger nur verpflichtet sind, von dem Zeitpunkt der Fälligkeit ihrer Schuld Zinsen zu zahlen, oder ob Verzug mit allen seinen Folgen während der Dauer der Minderjährigkeit besteht. Die Verordnung Severs, auf die der Rechtssatz zurückgeht, sprach nur von einer Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen, l. 87 § 1 D. de leg. II. Paulus libro 17 responsorum . . . quamvis enim constitutum sit, ut minoribus XXV annis usurae omnimodo praestentur, tamen non pro mora hoc habendum est, quam sufficit semel intervenisse, ut perpetuo debeantur. Ebenso l. 5 C. de a. e. v. 4, 49. Allerdings bezeichnete man dies als Folge einer mora im objektiven Sinne, l. 26 D. de fideicommissaria lib. 40, 5, l. 3 C. in quibus causis i. i. r. 2, 40. Man mochte auch wohl hie und da versuchen, den Ausspruch zu Analogieen zu verwerthen. Hierauf ist aber gegenüber der Zurückweisung einer wahren mora in den oben angeführten Stellen Gewicht nicht zu legen. Erhielte doch sonst die an sich wohl zu rechtfertigende Verordnung Severs einen unbilligen und exorbitanten Charakter. Hieran kann uns auch die l. 3 § 2 D. de adimend. leg. 34, 4, die Windscheid zur Gegenansicht bestimmt, nicht irre machen. Es handelt sich hier um die Rektifikation einer zweideutigen Disposition des Erblassers nach dessen vermuthlichem Willen. Vgl. Brinz Bd. 2 S. 298 Anm. 39.

8) l. 3 § 1 und 2 D. de adim. leg. 34, 4; Windscheid Bd. 2 § 280 Anm. 21.

Unbenommen ist dem Gläubiger der Nachweis und die Geltendmachung eines höheren Interesses an rechtzeitiger Erfüllung, als ihm nach den entwickelten Rechtssätzen gesichert ist. Insbesondere kann er zu diesem Zwecke nachweisen, daß ihm die rechtzeitige Berichtigung einer Geldschuld höheren Nutzen gebracht, größeren Verlust abgewendet hätte, als die landesüblichen Zinsen gutmachen.[9]

Der Verzug des Mitkontrahenten giebt dem anderen Theile kein Rücktrittsrecht, sofern dasselbe nicht bedungen ist oder aus der Natur des Geschäftes folgt oder nach der besonderen Sachlage durch Billigkeit gerechtfertigt ist.[10] [11] Nach dem H.G.B. findet sich ein derartiges Rücktrittsrecht in ausgedehntem Maße bei Handelskäufen.[12]

§ 42. Beendigung des Verzuges.

Der Verzug des Schuldners hört auf — mora purgatur:[1]

1. Durch ein vollständiges Zahlungsangebot zu passender Zeit und an passendem Orte.

Es macht keinen Unterschied, ob der Schuldner selbst oder ob ein Dritter Zahlung anbietet.[2]

Nur das Angebot reicht aus, welches die volle Schuld umfaßt, wie sie sich in Folge des Verzuges gestaltet hat. In der Regel bedarf es eines realen Angebotes. Keinenfalls genügen bloße Worte des bisher säumigen Schuldners. Seine Erfüllungsbereitschaft muß sich vielmehr in Thatsachen aussprechen, aus denen sich die ernste Absicht ergiebt, unmittelbar seiner Schuld zu genügen.

2. Einwilligung des Gläubigers in das Stehenbleiben der Schuld beendet ferner regelmäßig den Verzug. Sie geschieht z. B. durch einen Vertrag über Stundung der Schuld, nicht

---

9) So ausdrücklich Reichs-Dep.-Absch. von 1600 § 139. Vgl. freilich l. 20 D. de per. et commodo 18, 6, abgedruckt unten § 45 Anm. 3.

10) Vgl. Gustav Lehmann, die Ausweitung der debitorischen Verzugsfolge 1891.

11) Vgl. auch bezüglich der arra oben § 12.

12) H.G.B. Art. 354 und 355.

1) Die älteren römischen Juristen nahmen an, daß die einmal durch mora eingetretene Perpetuation der Schuld nicht durch späteres Angebot der Leistung endige, sondern nur durch wirkliche Erfüllung oder Kondemnation des Schuldners. Dagegen erklärte sich Celsus l. 91 § 3 D. de verb. obl. 45, 1 ... Celsus adulescens scribit eum, qui moram fecit in solvendo Sticho quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo: esse enim hanc quaestionem de bono et aequo: in quo genere plerumque sub auctoritate juris scientiae perniciose, inquit, erratur. Dem stimmte Julian und die spätere Jurisprudenz bei.

2) l. 72 § 2 D. de solutionibus 46, 3.

minder durch eine bedingte Novation,[3] auch durch Annahme eines künftig fälligen Wechsels oder auch einer Sicherstellung.[4 5]

Der Verzug hört in solchen Fällen zwar auf, die Erweiterungen, welche die Forderung durch ihn erfuhr, bleiben aber fortwährend geschuldet. Natürlich kann übrigens der Gläubiger auch auf alle Ansprüche, die ihm durch den Verzug erwuchsen, verzichten.[6]

---

3) l. 54 D. de pactis 2, 14. — In einer bedingten Novation liegt Beendigung der mora auch für den Fall, daß die neue Obligation nicht zu Stande kommt. So entscheidet Marcellus libro 20 digestorum l. 72 § 1 D. de solutionibus 46, 3 „debitorem, cum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse;" vgl. l. 14 pr. D. de novationibus 46, 2. Anderer Ansicht war freilich Venuleius — l. 31 pr. D. de novationibus 46, 2. Er ging noch von dem älteren Principe — siehe Anm. 1 — aus, daß die einmal eingetretene Perpetuation nur durch Erfüllung beseitigt werde. Hierin liegt also nur eine historische Reminiscenz. Die Ansichten sind jedoch sehr getheilt. Vgl. namentlich Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche obligatio 1860 S. 49 und Römer, die bedingte Novation 1863 S. 142.

4) Nicht zu billigen ist die Behauptung, daß der Verzug, welcher gegen den Abwesenden ohne Mahnung eintrat, mit dessen Rückkehr erlösche. Dies behauptet unter Anderen Windscheid Bd. 2 § 281 Anm. 6, indem er sich darauf stützt, daß auch der Verzug, welcher zu Gunsten des minderjährigen Gläubigers eingetreten sei, durch dessen Großjährigkeit von selbst erlösche. Aber selbst wenn man in dem Falle der Minderjährigkeit des Gläubigers wahren Verzug annehmen wollte, was nicht richtig ist — vgl. oben § 41 Anm. 7 —, so liegen doch die Verhältnisse nicht gleich. Denn das Recht des minderjährigen Gläubigers ist ein besonderes Privileg; der Verzug, im Falle der Schuldner nicht zu finden ist, ergiebt sich aus dem Wesen der Sache. Wie sollte dem Gläubiger obliegen, sich stets auf dem Laufenden über Anwesenheit oder Abwesenheit des Schuldners zu halten!

5) Bedenklich ist der häufig — z. B. von Windscheid Bd. 2 § 281 Anm. 8 — gelehrte Satz: „durch das Aufhören des Forderungsrechtes wird nicht bloß bewirkt, daß der Schuldner nicht mehr in Verzug ist, sondern er wird dadurch auch von derjenigen Steigerung seiner Verbindlichkeit befreit, welche der Verzug bereits erzeugt hat." Dies kann unmöglich den Sinn haben: ist die Forderung, wie sie sich zur Zeit der Tilgung gestaltet hat, getilgt, so sind auch die Verzugsfolgen erledigt; denn dies wäre eine Tautologie. Die Meinung ist vielmehr die: wenn das ursprüngliche Schuldobjekt, z. B. das zu liefernde Quantum Getreide, nachdem der Schuldner in Verzug gerieth, nachträglich geliefert und angenommen ist, so kann der Gläubiger die Ansprüche wegen Verzuges, z. B. auf die Preisdifferenz, die er in Folge des Sinkens des Getreidepreises vom säumigen Schuldner zu beanspruchen hatte, nicht mehr geltend machen. Dies ist aber unbegründet. Unrichtig ist es, einen *Vorbehalt* des Gläubigers zu fordern, damit sich der Anspruch wegen der Verzugsfolgen erhalte; noch unrichtiger freilich ist die Behauptung Mommsens a. a. O., daß der Vorbehalt nur eine naturalis obligatio übrig lasse. Die Schuld, wie sie im Augenblicke der Zahlung bestand, ist vielmehr in solchem Falle nur *theilweise* getilgt, nichts hindert daher, sie geltend zu machen, soweit sie noch nicht abgetragen ist. Anders stünde es nur, wenn der Gläubiger jenen Anspruch bei der Annahme der Zahlung ausdrücklich oder stillschweigend *aufgab*.

6) Brinz Bd. 2 § 274 unterscheidet „Endigung der mora" und „Aufhebung", durch welche sie mit aller ihrer Wirksamkeit von Anfang an erlösche. Diese Aufhebung liege in der Verzeihung der mora, welche nicht bloß den Effekt der Verschuldung, sondern die Verschuldung selbst tilge. Solche „Tilgung" halten wir für unmöglich. Der Verzug ist eine Thatsache, die geschah; sie kann nicht ungeschehen gemacht werden.

§ 43. Verzug des Gläubigers.[1]

Nichtannahme der gehörig angebotenen Leistung ohne Grund setzt den Gläubiger in Verzug. Diese mora creditoris oder accipiendi ist ein Gegenstück des Verzuges des Schuldners.

Allerdings ist die Annahme der angebotenen Leistung an sich ein Recht und keine Pflicht des Gläubigers.[2] Nur dann kann er daher auf die Abnahme derselben verklagt und verurtheilt werden, wenn er sie nach Wort und Sinn des betreffenden Geschäftes als Schuld übernommen hat.[3] Gleichwohl darf er in keinem Falle den Schuldner hinhalten und hierdurch dessen Verbindlichkeit steigern. Entzieht er sich also der Mitwirkung zur Lösung des Schuldverhältnisses, so ist die Folge entsprechende Erleichterung in der Haftung des Schuldners.[4]

Vorausgesetzt wird zum Verzuge des Gläubigers:[5]

1. Vollständiges Angebot von der Schuldnerseite[6] an passendem Orte und zu passender Zeit.

Selbst das Angebot der Zahlung vor der Fälligkeit darf nicht zurückgewiesen werden, wenn die Erfüllungszeit, was im Zweifel anzunehmen ist, nur im Interesse des Schuldners aufgeschoben ist.

In der Regel bedarf es eines thatsächlichen Angebotes — Real-

---

1) Kohler, Annahme und Annahmeverzug in Jherings Jahrbüchern Bd. 17 n. 8; Schey, Begriff und Wesen der mora creditoris 1884; Schmidt-Scharff, mora acc. d. Käufers, Frankfurt 1891.

2) Dies betont Kohler a. a. O. insbesondere S. 267 ff., und wahrlich mit Grund. Hat doch selbst das R O H.G. Bd. 11 S. 155 in Uebereinstimmung mit den Vorinstanzen einen Fabrikherrn, welcher mit einem Unternehmer einen Vertrag über Umänderung seiner Kalköfen abgeschlossen hatte, verurtheilt, dem letzteren „die nach dessen System noch nicht umgeänderten Oefen zum Umbau nach seinem Systeme zu übergeben". Aber hierzu war der Geschäftsherr nicht verbunden, sondern nur zur Zahlung der bedungenen Vergütung für die ihm geschuldete Leistung, deren Annahme oder Nichtannahme in seinem Belieben stand, weil sie nur zu seinen Gunsten stipulirt war.

3) Vgl. über die Verpflichtung des Käufers zur Abnahme unten § 97 Anm. 7.

4) Vgl. Ulrich, Depositon und Dereliktion S. 2, dagegen freilich Kohler a. a. O. S. 270. Siehe auch Schey a. a. O. S. 93.

5) Vgl. l. 72 pr. D. de solut. 46, 3. Marcellus libro 20 digestorum: Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine justa causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse.

6) Geräth der Gläubiger in Verzug, wenn ein Dritter, ohne vom Schuldner bevollmächtigt zu sein, die Zahlung anbietet? Dies ist nur dann der Fall, wenn die Zahlung ersichtlich im Interesse des Schuldners lag, sonst liegt in der Zurückweisung keinesfalls eine Verschuldung des Gläubigers.

oblation —, wenn der Gläubiger in Verzug kommen soll. Indessen muß die bloße Erklärung des Schuldners, erfüllen zu wollen, genügen, wenn ihm der Gläubiger kontraktgemäß noch nähere Bestimmungen über die Ausführung der Leistung zu geben hat und dies unterläßt; nicht minder wenn sich der Gläubiger am Erfüllungsorte nicht einfindet und auch eine Zusendung des Schuldobjektes an ihn auf seine Gefahr und Kosten nicht ausführbar oder bei Geschäften der entsprechenden Art nicht üblich ist, endlich auch dann, wenn der Gläubiger im voraus bestimmt erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen oder daß er eine ihm gleichzeitige obliegende Gegenleistung nicht machen werde.[7]

2. Der Verzug des Gläubigers besteht vorzugsweise in der Zurückweisung der angebotenen Leistung; nicht minder aber in dem Unterlassen der ihm nach dem Kontrakte obliegenden Schritte, welche der Ausführung des Geschäftes vorhergehen müssen, falls vom Schuldner eine entsprechende Aufforderung ergangen ist.[8]

3. Die Verzögerung muß grundlos, d. h. verschuldet sein.[9] Die Verschuldung ist aber nicht besonders nachzuweisen. Sie ist im Falle der Zurückweisung der angebotenen Leistung anzunehmen. Der

7) R.O.H.G. Bd. 10 S. 238, Bd. 13 S. 59; R.G. Bd. 1 S. 311; Windscheid Bd. 2 § 345 Anm. 5. Anderer Ansicht ist Römer, Abhandlungen S. 141. Auch in solchem Falle Realoblation zu fordern, wäre für den Schuldner lästig, für den Gläubiger kostspielig, eine Vergeudung von Zeit und Kraft, schädlich den Betreffenden, nachtheilig dem Ganzen.

8) Vgl. l. 4 C. de usuris pupillaribus 5, 56. Neuerdings wurde die Frage besonders bezüglich des im Eisenhandel häufigen Geschäftes verhandelt, bei welchem eine Quantität Eisen nach einem s. g. Grundpreise mit der Bestimmung verkauft wird, daß der Käufer die Formen und Dimensionen der zu liefernden Waare nach einer vorliegenden Ueberpreisskala zu specificiren habe. Der Käufer, welcher trotz der Aufforderung des Verkäufers die Specifikation nicht vornimmt, kommt in Verzug; R.G. Bd. 10 S. 95, siehe dort die Entscheidungen des R.O.H.G. und die Litteratur.

9) Verschuldung fordert unter Anderen Windscheid Bd. 2 § 345 Anm. 8; gegen sie erklären sich Kohler a. a. O. S. 409 und Brinz Bd. 2 S. 308. Wer aber den Verzug des Schuldners von dessen Verschuldung abhängig macht, wird diese auch zum Verzuge des Gläubigers verlangen müssen. Denn beide Institute laufen parallel. Siehe Schey a. a. O. S. 80, vgl. S. 105, l. 37 D. mandati 17, 1. Africanus libro 8 quaestionum ... nisi forte aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret aut per creditorem quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet. — Bedeutet „frustratio" bei der mora debitoris schuldhafte Verzögerung, so kann dies Wort bezüglich der mora creditoris nicht wohl einen anderen Sinn haben. Auch die oben Anm. 5 abgedruckte l. 72 pr. D. de solut. 46, 3 fällt in das Gewicht, wenn sie die Folgen des Verzuges an die Verweigerung der Zahlungsannahme „sine justa causa" knüpft. Eine Verweigerung der Zahlungsannahme, bei der dem Gläubiger kein Vorwurf zu machen ist, ist offenbar eine gehörig begründete. Das Resultat entspricht auch dem Wesen der Sache. Ist der Gläubiger durch Zufall gehindert, dem Schuldner die Leistung abzunehmen, so wäre es hart, wenn dieser sich des Schuldobjektes ohne Weiteres entledigen dürfte. Darf ihm nicht zugemuthet werden, sich von dem Gläubiger an der „Nase herumführen zu lassen", so muß er doch von vornherein wissen, daß Zufälle den Gläubiger an der rechtzeitigen Abnahme hindern können, und sich dies gefallen lassen.

Gläubiger muß daher, um den Vorwurf des Verzuges zu beseitigen, seinerseits Gründe darthun, welche ihn entschuldigen.

Trotz des Verzuges des Gläubigers besteht die Verpflichtung des Schuldners fort, selbst die Zinsen laufen weiter,[10] aber seine Verbindlichkeit ist gelockert:

a) Der Schuldner haftet noch für dolus und culpa lata. Die Gefahr der angebotenen Sache geht auf den Gläubiger über. Das gilt auch für den Fall einer generischen Schuld, sofern das Angebotene gesondert gehalten wird.[11]

b) Der Schuldner kann sich des Schuldobjektes nach vorhergegangener Androhung entledigen. Nach altem Rechte durfte er dasselbe ohne Weiteres wegschütten oder sonst preisgeben und sich also durch Dereliktion befreien. Im ausgebildeten Rechte darf er dies nur, wenn ihm keine milderen Mittel, sich der Sache zu entschlagen, zur Hand waren.[12]

Zu diesen Mitteln gehört die Deposition der geschuldeten Sache auf Gefahr und Kosten des Gläubigers bei einer Behörde[13] oder bei Privaten.

Nicht minder steht ihm frei, das Schuldobjekt auf Gefahr und Kosten des Gläubigers zu verkaufen, s. g. Selbsthülfeverkauf.[14] Dann schuldet er statt desselben nur den für sie eingenommenen Kaufpreis. —

Der Schuldner hat das Recht auf Ersatz der Auslagen und Schäden, die ihm durch den Verzug des Gläubigers erwuchsen. Er kann dies durch Zurückhaltung des Geschuldeten wie auch durch Klage geltend machen.[15]

---

10) Dies um deswillen, weil der Schuldner noch über das Kapital verfügt und es nutzen kann. Erst im Falle einer Deposition hört der Zinsenlauf auf, l. 28 § 1 D. de administ. tut. 26, 7, l. 9, l. 19 C. de usuris 4, 32. Verzugszinsen laufen freilich nicht weiter, da der Schuldner nicht mehr im Verzuge ist, wenn der Gläubiger in Verzug gesetzt ist.

11) l. 5 D. de periculo et commodo 18, 6, l. 72 pr. D. de solut. 46, 3 oben Anm. 5, l. 84 § 3 D. de leg. I.

12) l. 1 § 3 D. de periculo et commodo 18, 6. Ulpianus libro 28 ad Sabinum: Licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit, nec intra diem admensum est: effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur: si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere... commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur aut vendere vinum bona fide. Noch bestimmter ergiebt sich aus l. 8 D. de tritico 33, 6, daß das Wegschütten ein äußerstes, nur in Nothfällen zulässiges Mittel ist.

13) Vgl. unten § 61.

14) Vgl. H.G.B. Art. 343 über die Verkaufsselbsthülfe bei Handelskäufen.

15) l. 8 D. de tritico 33, 6, l. 38 § 1 D. de a. e. v. 19, 1.

Der Verzug des Gläubigers endigt dadurch, daß er sich bereit erklärt, das Schuldobjekt anzunehmen. Diese Erklärung hat aber nur für den Fall Bedeutung, daß er sich gleichzeitig zu der ihm obliegenden Gegenleistung und zum Ersatz des dem andern Theil durch den Verzug erwachsenen Schadens erbietet.[16] Der Verzug endet nicht minder durch Vereinbarung über das weitere Stehenbleiben der Schuld.

III. Schadensersatz.

§ 44. Der Schaden und sein Ersatz im Allgemeinen.[1]

Nachtheile, welche uns treffen, bezeichnet man als Schaden — damnum —, wenn sie nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entweder überhaupt nicht oder wenigstens noch nicht zu erwarten waren. Sie können sich auf unser Vermögen,[2] aber auch auf andere Güter beziehen.

Damit der Beschädigte den Schaden von sich abwälzen und dessen Ausgleichung von Dritten verlangen kann, bedarf es besonderer Gründe. Fehlen solche, so gilt der Satz „casus a nullo praestantur".[3]

Diese Gründe sind zahlreich und verschiedener Art. Man kann den Schadensersatz durch Vertrag übernommen haben, wie dies bei dem Abschlusse von Versicherungsverträgen geschieht. Die Schadensersatzpflicht kann ferner unmittelbar durch Gesetz an andere Thatbestände geknüpft sein; dahin gehört die Pflicht zur Entschädigung wegen Expropriation von Privateigenthum im öffentlichen Nutzen.

Insbesondere aber ist zum Schadensersatze verpflichtet, wer uns durch Handlungen oder Unterlassungen beschädigt hat und zwar schuldhafterweise.[4]

---

16) l. 18 D. de periculo et commodo 18, 6.

1) Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht: Bd. 2 zur Lehre vom Interesse 1855; Nußbaumer, über das Maß des Schadensersatzes 1855; Cohnfeldt, die L. v. Interesse 1865.

2) Auf Vermögensschaden beschränkt den Ausdruck l. 3 D. de damno infecto 39, 2. Paulus libro ad edictum: Damnum et damnatio ab ademptione et quasi deminutione patrimonii dicta sunt.

3) l. 23 in fine D. de R. J. 50, 17. Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 15 S. 117. Ueber die Regel, welche Aeltere häufig aufstellten: „casum sentit dominus", vgl. Wächter a. a. O. Ihre Unhaltbarkeit wird derzeit nicht leicht bestritten.

4) Das entwickelte römische Recht knüpfte die Schadensersatzpflicht vorzugsweise an die Verschuldung; vgl. Ihering, das Schuldmoment im röm. P.R. 1867. Der deutschrechtlichen, keineswegs aus dem Volksbewußtsein verdrängten Auffassung entspricht es aber, daß auch, wer einen Schaden, wenn auch schuldlos veranlaßt hat, zu einer Schadensausgleichung verpflichtet ist. So namentlich, wenn

Solche Beschädigung kann in der Nichterfüllung oder der mangelhaften oder verzögerten Erfüllung von Kontrakten liegen. Sie kann auch außerkontraktlich sein.

Es ergiebt sich hieraus, daß die Schadensersatzpflicht bald eine primäre ist, z. B. bei außerkontraktlichen Schadenszufügungen oder bei Versicherungsverträgen, bald eine bloß eventuelle, wenn sie nämlich wegen Verletzung einer Kontraktspflicht eintritt und für die kontraktlich bedungene Leistung Ersatz gewährt.

Im letzten Fall tritt sie entweder an die Stelle der kontraktlichen Leistung schlechthin, repräsentirt also das Hauptinteresse des Beschädigten, oder sie ist neben der Hauptleistung zu machen, weil diese wegen Unvollkommenheit oder Verzögerung dem Vertrage nicht genau entspricht — accessorisches Interesse.

Die Vergütung eines Vermögensschadens geschieht in verschiedener Weise, bald mehr bald weniger vollständig.

Am durchgreifendsten erfolgt sie durch Herstellung des Zustandes, wie er ohne die Schadenszufügung wäre.[5]

Dieselbe ist aber nicht immer möglich und kann nicht immer gefordert werden. Dann muß es zum Geldersatze kommen.[6]

Hierbei ist entweder ein bloßer objektiver oder ein subjektiver Maßstab zur Anwendung zu bringen.

1. Der Ersatz beschränkt sich in einigen Fällen auf die Vergütung des objektiven Werthes eines entzogenen Gutes. Dies ist der Sachwerth — vera rei aestimatio —, d. h. der Werth, welchen jene Sache auf dem Markte hat.[7][8]

---

sich der Schaden an ein über das Durchschnittliche hinausgehendes Unternehmen knüpft. Selbst die Vermögenslage des Schädigers wird billig in Betracht gezogen. Ueber diese allerdings dem römischen Recht fremden Gesichtspunkte vgl. Steinbach, Ersatz von Vermögensschäden, Wien 1888.

5) Windscheid Bd. 2 § 257 Anm. 6, siehe auch l. 9 pr. D. locati 19, 2. R.G. Bd. 17 S. 112.

6) Der Schuldner, welcher wegen Nichtherausgabe einer dem Gläubiger gehörenden Sache z. B. einer verliehenen oder vermietheten, die er verlor, Geldentschädigung leisten mußte, kann, wenn die Sache später zum Vorschein kommt, Abtretung der Sache beziehungsweise der Klage auf sie oder Rückgabe der Entschädigung fordern, l. 17 § 5 D. commodati 13, 6, l. 2 D. de cond. sine causa 12, 7.

7) Das „verum rei pretium" stellt in Gegensatz zu dem „quod interest" unter anderem l. 2 § 13 D. vi bonorum raptorum 47, 8. Die Worte der Formel „quanti ea res est" bedeuteten ursprünglich nur die vera rei aestimatio, vgl. l. 179 D. de V. S. 50, 16, l. 193 D. eod. Sie wurden indessen im Laufe der Zeit vielfach ausdehnend interpretirt, so daß sie nicht selten auch das Interesse in sich begriffen, l. 68 D. de rei vind. 6, 1, l. 3 § 11 D. uti possidetis 43, 17, l. 4 § 7 D. de damno infecto 39, 2, l. 8 § 2 D. ratam rem 46, 8. Vgl. Brinz Bd. 2 § 281.

8) Bloß der Sachwerth ist unter anderem dem Legatar zu vergüten, wenn der

2. Meist hat der Beschädigte das Recht, hierüber hinauszugehen. Er nimmt in Anspruch nicht bloß was die Sache für Jedermann werth war, sondern den Werth, welchen sie *für ihn* hatte.

Dies ist das *Interesse*, d. h. *der Werth eines Gutes für eine bestimmte Person; der Unterschied zwischen dem Haben und dem Nichthaben für sein Vermögen.*

Hierbei kommen aber bloß subjektive Empfindungen und Meinungen nicht in Betracht.[9] Diese s. g. *Affektionsinteressen* beruhen auf unkontrolirbaren Empfindungen des Verletzten und sind rechtlich durchaus gleichgültig.

Auch für Schaden, welcher das Vermögen nicht betrifft, kann Ersatz zu leisten sein. Es handelt sich hierbei freilich nicht um eine ökonomische Wiederherstellung, sondern um eine moralische Ausgleichung — eine Satisfaktion.[10]

§ 45. Umfang der Interessevergütung.

Der Grund, welcher zur Leistung des Interesses verpflichtet, bestimmt auch das Maß desselben.

Am umfassendsten ist die Verhaftung für Verschuldung. *Es ist jeder Schade zu ersetzen, welcher in der Verschuldung des Schädigers seine Ursache hat.*

1. Der Begriff des Schadens ist hierbei in weitem Sinne zu nehmen.[1] [2]

Er kann in *Vermögenseinbuße* d. h. in der Zerstörung oder

Erblasser wissentlich eine ihm fremde Sache vermachte, und der Erbe sie nicht zu mäßigem Preise erwerben konnte, l. 14 § 2 D. de leg. III.

9) l. 33 D. ad legem Aquiliam 9, 2, l. 6 D. de operis servorum 7, 7, l. 63 pr. D. ad leg. Falc. 35, 2.

10) Vgl. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 18 S. 59, Unger, z. L. vom Schadenersatz nach östr. Rechte in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 n. 4, Pfaff, ebendaselbst Bd. 8 n. 12 und dort citirte Schriften.

1) l. 13 pr. D. ratam rem 46, 8... competit in quantum mea interfuit, id est quantum mihi abest, quantumque lucrari potui, l. 33 D. locati 19, 2.

2) Nach l. 40 pr. D. de damno infecto 39, 2 hat, wer cautio damni infecti stellte, im Falle des Einsturzes seines Hauses doch nur mäßige Entschädigung zu leisten, auch wenn durch denselben kostbare „tectoria“ und „picturae“ des Nachbars zerstört wurden, „quia honestus modus servandus est, non immoderata cujusque luxuria subsequenda“. Häufig — vgl. z. B. Windscheid Bd. 2 § 258 Anm. 2 — sieht man in dieser Entscheidung ein allgemeines Princip und spricht dem Beschädigten den Ersatz für Nachtheile allgemein ab, die ihren Grund „in übermäßigem Luxus“ haben. Wir können nur eine Besonderheit der cautio damni infecti finden, die bei ihrem außerordentlichen Charakter begreiflich ist. Oder soll etwa, wer das kostbare Gemälde eines Anderen schuldhaft oder gar dolos zerstört, nur zu ersetzen haben, was Dutzendwaare kostet, weil übertriebener Luxus nicht zu schützen sei?

Entziehung von Werthen beſtehen, welche bereits zum Vermögen des Verletzten gehörten — ſ. g. damnum emergens.

Nicht minder kann er aus der Vereitelung von Gewinn folgen, welcher zu erzielen war ſ. g. lucrum cessans. Das iſt freilich eine mehr oder weniger problematiſche Größe. Gewißheit kann nicht gefordert werden, ſie iſt in der Regel nicht zu erreichen, aber auch bloße Gewinnträume ſind nicht in Anſchlag zu bringen. Denn das Recht rechnet nicht mit Phantaſien.

Man darf vielmehr nur beanſpruchen Gewinn, deſſen Erwerb nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge für Jeden zu erwarten war, ferner ſolchen, welchen der Beſchädigte nach der regelmäßigen Weiſe ſeines Geſchäftsbetriebes vorausſichtlich erzielt hätte, endlich auch Gewinn, zu deſſen Erlangung beſondere Veranſtaltungen gemacht waren, welche gegründete Ausſicht auf Verwirklichung hatten, aber durch die Beſchädigung vereitelt wurden.[3]

2. Die Erſatzpflicht iſt ferner bedingt durch Kauſalität zwiſchen der Verſchuldung und dem Schaden.

Dieſelbe muß nicht nothwendig eine unmittelbare ſein — ſ. g. unmittelbarer Schaden. Es genügt, daß die ſchuldhafte Handlung

3) Die hier aufgeſtellten Regeln entſprechen allgemeinen Grundſätzen. Die römiſchen Juriſten waren jedoch, wie es ſcheint, nicht einig darüber, ob der Gläubiger auch den Gewinn beanſpruchen dürfe, den er aus den geſchuldeten Objekten bei rechtzeitiger Leiſtung vermittelſt Abſchluſſes von Geſchäften hätte ziehen können. Dies verneint Paulus libro 33 ad edictum l. 21 § 3 D. de a. e. v. 19, 1: Cum per venditorem steterit, quo minus rem tradat, omnis utilitas emptoris in aestimationem venit, quae modo circa ipsam rem consistit: neque enim si potuit ex vino puta negotiari et lucrum facere, id aestimandum est, non magis quam si triticum emerit et ob eam rem, quod non sit traditum, familia ejus fame laboraverit: nam pretium tritici, non servorum fame necatorum consequitur. In gleichem Sinne führt Hermogenianus libro 2 juris epitomarum l. 20 D. de periculo et commodo 18, 6 aus: Venditori si emptor in pretio solvendo moram fecerit usuras dumtaxat praestabit, non omne omnino, quod venditor mora non facta consequi potuit, veluti si negotiator fuit et pretio soluto ex mercibus plus quam ex usuris quaerere potuit. Anderer Anſicht war Ulpianus libro 27 ad edictum l. 2 § 8 in fine D. de eo quod certo loco 13, 4, indem er bezüglich der Abſchätzung des Betrags einer an beſtimmtem dritten Orte zahlbaren Geldſchuld bemerkt: quid si merces solebat comparare: an et lucri ratio habeatur, non solius damni? puto et lucri habendam rationem. Meiſt behauptet man, daß Paulus und Hermogenianus an Fälle gedacht hätten, in denen es ſich um bloß möglichen Gewinn durch Geſchäfte über die zu liefernden Schuldobjekte handelte, während ſie anders entſchieden hätten, wenn der Kaufmann hätte nachweiſen können, daß er gerade mit dieſem Gelde oder dieſer Waare Gewinn gemacht hätte, wenn ihm zur rechten Zeit geleiſtet worden wäre, vgl. Bangerow Bd. 3 § 571 S. 44. Dies iſt nicht zutreffend. Paulus und Hermogenian verwarfen principiell den Gewinn, welcher durch Spekulationsgeſchäfte hätte gemacht werden können. Bei dieſem Widerſpruche mit der Auffaſſung Ulpians hat man ſich der Meinung des Letzteren als der mehr begründeten anzuſchließen. Die Anſichten der neueren Schriftſteller gehen jedoch ſehr auseinander. Vgl. die Zuſammenſtellung bei Arndts § 206 Anm. 4.

oder Unterlaſſung erſt durch das Dazwiſchentreten anderer Ereigniſſe den fraglichen Schaden verurſachte — ſ. g. mittelbarer Schaden.[4 5]

Dies kann jedoch nicht in das Grenzenloſe gehen.[6] Erſcheint nach der Anſchauung des Lebens die Verſchuldung nicht mehr als die Urſache, ſondern nur als entfernte Veranlaſſung der Beſchädigung, ſo beſteht eine Verhaftung für die letztere nicht mehr. Es liegt aber nahe und iſt gerechtfertigt, bei doloſem Handeln und grober Schuld die Verantwortlichkeit weiter auszudehnen, als bei geringer Fahrläſſigkeit.[7 8]

---

4) Beiſpiele des Erſatzes indirekten Schadens finden ſich in l. 6 § 4, l. 13 pr. § 2 D. de a. e. v. 19, 1, l. 19 § 1 D. locati 19, 2.

5) Es iſt nicht erforderlich, daß es ſich um Begebenheiten handelt, die nothwendig in Folge der ſchädigenden Thatſache eintreten mußten. Auch vorausſehbar müſſen ſie nicht geweſen ſein. R.G. Bd. 13 S. 65. Haftet doch zweifelsohne, wer in Verzug iſt, für zufälligen Untergang des Schuldobjektes, auch wenn er durch Ereigniſſe, die außerhalb menſchlicher Vorausſicht liegen, entſtand, z. B. durch Erdbeben bewirkt wurde. Anders Ihering, Schuldmoment S. 55. Die von ihm angeführte l. 43 D. de a. e. v. 19, 1 ſpricht aber nicht von einem Ereigniſſe, welches nicht vorauszuſehen war, ſondern von einer außerordentlich hohen Summe, an die beim Kaufkontrakte nicht gedacht war, deren Einfordern alſo den Vertragsintentionen nicht entſprechen würde.

6) Ueber Kauſalzuſammenhang vgl. Bar, die Lehre vom Kauſalzuſammenhang 1871 und in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 4 S. 35, ferner die bei Windſcheid Bd. 2 § 258 Anm. 15 Citirten. Der Erſatz wegen Rechtswidrigkeit erſtreckt ſich keineswegs, wie Manche annehmen, auf jeden Schaden, der ohne ſie nicht eingetreten wäre. Wer wollte auch den Beſchädiger eines Hauſes für den Schaden verantwortlich machen, welchen die bei der Reparatur beſchäftigten Arbeiter durch Diebſtahl verurſachten, oder denjenigen, welcher einen Menſchen verwundete, wegen Krankheiten in Anſpruch nehmen, welche der behandelnde Arzt etwa in deſſen Familie einſchleppte. Bangerow Bd. 3 § 571 Anm. 3 S. 39, l. 52 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2. Die Schwierigkeit iſt nur, die Grenze zu finden. Schwerlich kann dies durch ein abſtraktes Princip geſchehen. Es handelt ſich um eine vernünftige Würdigung der Thatſachen im einzelnen Falle. Die Unterſcheidung von „Urſache“ und „Veranlaſſung“ gewährt einen entſprechenden Ausdruck, eröffnet aber auch leicht Mißverſtändniſſen Thür und Thor. So meinte ein Gutachten in der R.G. Bd. 6 S. 1 entſchiedenen Sache, daß der nach dem Fallen eines Arbeiters entſtandene Leiſtenbruch deſſelben nicht durch den Fall „verurſacht“, ſondern höchſtens „veranlaßt“ ſei, wenn man annehme, daß die Dispoſition zu dem Bruche, d. h. eine Lücke in der Muskulatur der Bauchwand ſchon vorher da geweſen ſei. Hätte ſich der Gutachter die Frage richtig geſtellt, nämlich, was iſt die Urſache, daß der Schaden jetzt eingetreten iſt? ſo hätte er ſie wohl in dem Fallen des Arbeiters finden müſſen.

7) Vgl. namentlich Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 73 S. 359. Ein Beiſpiel giebt l. 13 § 14 D. de a. e. v. 19, 1.

8) Nie kann Schadenserſatz wegen einer Unbill gefordert werden, wenn ſie nicht wirklich Schaden im Gefolge hatte. Selbſt für den Fall gilt dies, daß ſich ein Schaden nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entwickeln mußte, daß es aber hierzu nicht kam, weil ein anderes Ereigniß ſtörend eingriff. Daher iſt z. B. kein Anſpruch gegen den Ehemann begründet, welcher die unentbehrlichen Reparaturen des ihm zur Dos gegebenen Hauſes verſäumt hat, falls das Haus, welches in Folge deſſen nothwendig hätte zuſammenſtürzen müſſen, vorher zufälligerweiſe niederbrennt, l. 4 in fine D. de impensis 25, 1, ſiehe ferner l. 11 § 3, l. 15 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2. Auch in der l. 10 § 1 D. de lege Rhodia 14, 2 ſetzt Paulus voraus, daß durch die Umladung in Wahrheit ein Schaden nicht eintrat. Ganz

3. Wenn der Beſchädigte die in ſeiner Hand liegenden, durch die Umſtände offenſichtlich gebotenen Vorkehrungen zur Abwendung des Schadens verſäumt oder ihn gar abſichtlich vergrößert, ſo war dies die Haupturſache ſeines bezüglichen Schadens. Er kann daher Dritte deswegen nicht zur Verantwortung ziehen.[9]

4. Ereigniſſe, für die man einſteht, bringen nicht ſelten zugleich Schaden und Vortheile. Dann entſteht die Frage, ob der Betroffene ſich den Vortheil auf den Schaden aufrechnen laſſen muß, ob alſo eine ſ. g. compensatio lucri cum damno einzutreten hat?

In der Regel iſt dies nicht zuläſſig. Doch unter Umſtänden ergiebt erſt das Geſammtergebniß, ob in der That ein Schaden vorhanden iſt, dann müſſen beide Faktoren verglichen werden, ſo daß man von einer Aufrechnung des Vortheiles auf den Schaden reden kann.[10]

5. Grundſätzlich iſt für die Bemeſſung des Schadens die Minde-

---

anders ſteht es, wenn durch ein Unrecht ein Schaden bereits herbeigeführt iſt und nunmehr unverſehens Ereigniſſe eintreten, welche den Schaden auch herbeigeführt hätten, wenn jenes Unrecht nicht begangen worden wäre. Der einmal erworbene Anſpruch auf Schadenserſatz wird hierdurch nicht berührt. Es wird z. B. ein Pferd zu Schanden geritten, aber vor dem Verenden durch den Blitz erſchlagen, l. 27 § 2 D. de rei vind. 6, 1, l. 11 § 3 D. ad legem Aquiliam 9, 2. Nicht immer werden dieſe Sätze zutreffend formulirt. So lehrt Mommſen, „daß das Intereſſe nicht zu präſtiren ſei, wenn der Schaden ſicher auch ſonſt eingetreten wäre“, vgl. auch Windſcheid Bd. 2 § 258. Siehe hiergegen Vangerow Bd. 3 § 571 Anm. 2 S. 40; Brinz Bd. 2 S. 351.

9) Häufig behauptet man, daß der Schädiger nichts zu leiſten habe, „wenn der Nachtheil von dem Benachtheiligten durch gehörige Sorgfalt hätte vermieden werden können, nur bei Beſchädigung durch Argliſt leide dies eine Ausnahme“. So Mommſen a. a. O. S. 157 und S. 257; Windſcheid Bd. 2 § 258 Anm. 17 und 18. Dies geht viel zu weit und iſt nicht durch l. 9 § 4, l. 52 pr. D. ad legem Aquiliam 9, 2 zu rechtfertigen. Mit Recht ſagt Ruck, Schuldverh. S. 408 „wie ſollte Muthwille oder Unvorſichtigkeit des Schädigers den Beſchädigten zu Kraftanſtrengung oder vielleicht koſtſpieligen Vorkehrungen behufs Abwehr nöthigen“. Man hat vielmehr nach den thatſächlichen Verhältniſſen zu entſcheiden, wo die Haupturſache des Schadens liegt. Vgl. neuerdings Wendt in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 153.

10) Meiſt wird gelehrt, daß dann, wenn Schaden und Gewinn aus einer und derſelben Handlung hervorgingen, der Schaden nur zu erſetzen ſei, ſoweit er den Gewinn überſteige. So Vangerow Bd. 3 § 571 Anm. 1, Windſcheid Bd. 2 § 258 Anm. 4; vgl. die dort Citirten. Dieſe Regel iſt keine durchgreifende. Beiſpielsweiſe kann auf die Anſprüche einer Wittwe wegen Tödtung ihres Ehemannes aus dem Haftpflichtgeſetze eine Wittwenpenſion nicht angerechnet werden, die ſeitens einer Verſicherungsanſtalt geſchuldet wird, obgleich die Tödtung den Erwerb der Penſion zur Folge hatte. R.G. Bd. 10 S. 50 führt dies darauf zurück, daß es an einem rechtlichen Zuſammenhange zwiſchen Schaden und Vortheil fehle, beide vielmehr in verſchiedenen Urſachen begründet ſeien. — Für den Fall, daß Vortheil und Nachtheil aus verſchiedenen Handlungen hervorgeht, verwirft die compensatio lucri cum damno geradezu l. 23 § 1 D. pro socio 17, 2; wenn in der l. 10 D. de neg. gest. 3, 5 das Gegentheil beſtimmt ſcheint, ſo beruht dies auf beſonderen Gründen, die bei der negotiorum gestio zu erörtern ſind.

rung des Vermögens des Beſchädigten zur Zeit der Ausfällung des Urtheiles maßgebend.

Gleichwohl iſt häufig auf vergangene Zeiten zurückzugreifen, in denen die Vermögensminderung eintrat, deren Wirkung fortdauert. Insbeſondere kann der Gläubiger, wenn ſein Schuldner in Verzug kam, den höheren Werth, welchen die geſchuldete Sache zur Zeit des Setzens in Verzug hatte, beanſpruchen, weil er denſelben damals bei rechtzeitiger Leiſtung realiſiren und ſich hierdurch dauernd erhalten konnte.[11] Beſitzt die Sache zur Zeit des Urtheiles einen höheren Werth als zu der des Setzens in Verzug, ſo kann der Gläubiger auch dieſen fordern, weil die Sache eben noch geſchuldet wird.

6. Nach dem gemeinen Prozeſſe mußte der Beſchädigte den Kauſalnexus zwiſchen dem Ereigniſſe, für welches der Schädiger einſtand, und dem behaupteten Schaden in das Einzelne hinein darthun und erweiſen. Fehlte ein Glied der Kette, ſo war der Nachweis mißlungen. So kam es trotz begründeter Anſprüche in Folge der Schwierigkeit des Beweiſes oft nicht zu ausreichender Schadloshaltung des Beſchädigten und grobe Rechtsverletzung blieb zum Nachtheile des Rechtsbewußtſeins häufig ungeſühnt.[12]

Derzeit hat der Richter über die Frage, ob ein Schaden entſtanden iſt und wie hoch ſich der Schaden beläuft, unter Würdigung aller Umſtände nach freier Ueberzeugung zu erkennen.[13]

7. In Rom durfte der Kläger, dem ein doloſer Beklagter gegenüberſtand, verlangen, den Umfang ſeines Schadens einſeitig durch Eid feſtzuſtellen — juramentum in litem.[14] Nach der C.P.O.[15] beſteht dieſes Recht des Klägers nicht mehr. Doch kann der Richter nach ſeinem Ermeſſen dem Beweisführer die eidliche Schätzung ſeines Schadens

---

11) Vgl. oben § 41. Bei außerkontraktlichen Verletzungen iſt in erſter Linie die Zeit der Verletzung zu beachten. Im Allgemeinen ſiehe Buſch im Archiv für civ. Praxis Bd. 33 n. 5 und 10.

12) G. Lehmann, der Nothſtand des Schadensprozeſſes 1865, ferner die Schutzloſigkeit der materiellen Lebensgüter 1884.

13) C.P.O. § 160 Abſ. 1. Freilich läßt ſich durch das Geſetz allein nichts beſſern. Wenn die Richter, wie häufig geſchieht, von der ihnen gegebenen freien Befugniß keinen rechten Gebrauch machen, ſo bleibt die alte Noth.

14) Ueber das juramentum in litem vgl. Schröter in Lindes Zeitſchrift Bd. 7 n. 11, Bd. 8 S. 159, l. 5 D. de in litem jurando 12, 3. Marcianus libro 4 regularum: In actionibus in rem et in ad exhibendum et in bonae fidei judiciis in litem juratur. Sed judex potest praefinire certam summam, usque ad quam juretur: licuit enim ei a primo nec deferre. Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non etiam ob culpam: haec enim judex aestimat. Plane interdum et in actione stricti judicii in litem jurandum est.

15) C.P.O. § 260 Abſ. 1 am Ende, Abſ. 2.

nachlaſſen, ſelbſt wenn der Beklagte nicht in Schuld iſt. Der Richter hat einen Maximalbetrag zu beſtimmen, an welchen der Schwörende gebunden iſt.

8. Juſtinian verordnete, daß der Richter das Intereſſe nicht über das Doppelte des Werthes der Sache, um die es ſich handle, anſetzen dürfe, ſofern dieſer Werth ein beſtimmter ſei.

Dieſe Vorſchrift ſteht mit den Grundgedanken der C.P.O. in Widerſpruch und hat daher keine Geltung.[16]

---

16) l. un. C. de sententiis, quae pro eo quod interest proferuntur 7, 47. Justinianus... Sancimus itaque in omnibus casibus qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere: in aliis autem casibus, qui incerti esse videntur, judices, qui causas dirimendas suscipiunt per suam subtilitatem requirere, ut quod re vera inducitur damnum, hoc reddatur. Juſtinian bezweckte durch dieſe Verordnung die freie richterliche Schätzung des Intereſſes bei den von ihm ſ. g. casus certi einzuſchränken. Er traf alſo eine Maßnahme weſentlich prozeſſualiſchen Charakters, worauf auch die Stellung des Geſetzes unter den Normen bezüglich des Urtheils hinweiſt. Seine Verordnung ſteht hiernach in entſchiedenem Gegenſatze gegen die Grundgedanken der C.P.O. § 260 wonach der Richter frei über Schaden und ſeine Höhe befinden ſoll. Wir halten ſie daher für aufgehoben, aber freilich iſt das R.G. anderer Anſicht — ſo namentlich Bd. 10 S. 195 — indem es die Norm als eine civilrechtliche anſieht, die als ſolche durch die C.P.O. nicht berührt ſei. So iſt die Praxis verurtheilt, ſich mit dem nach Form und Inhalt gleich verfehlten Geſetze Juſtinians weiter abzumühen. Im Einzelnen ſucht freilich auch das R.G. die Anwendung des Geſetzes möglichſt abzuwehren und es ſo thunlichſt unſchädlich zu machen. Die zahlreichen Kontroverſen, die ſich ſeit Alters einniſteten, bieten hierzu eine Handhabe. Juſtinian giebt ſeine Vorſchrift für „casus qui certam habent naturam“ und führt als Beiſpiel Käufe und die anderen Kontrakte an. Sie ſollte daher nicht auf Kontrakte beſchränkt ſein, iſt vielmehr, wie die Gloſſe und viele ſpätere Schriftſteller annehmen, auch auf außerkontraktliche Schadensanſprüche wegen beſtimmter Sachen gemünzt. Oder ſollte der Schätzungswerth einer ſchuldhafterweiſe vernichteten Sache weniger beſtimmt ſein, wie der einer geſchuldeten Sache, die nicht geliefert wird? Viele, z. B. Bangerow Bd. 3 § 571 Anm. 4, beſchränken die Anwendung jedoch auf das ſ. g. Erfüllungsintereſſe aus Kontrakten. Dem tritt das R.G. Bd. 6 S. 203, Bd. 7 S. 163 bei. Aber auch ein Verſprechen der Löſchung einer Hypothek von 2079 Mark gilt dem R.G. Bd. 10 S. 195 als nicht beſtimmter Höhe; hierin wird es nicht leicht Zuſtimmung finden. Im Sinne Juſtinians iſt ferner bei Verkäufen und Vermiethungen zunächſt der verſprochene Geldpreis als der Betrag anzuſehen, welcher verdoppelt werden darf; nur wo es an einem in Geld fixirten Aequivalent fehlt, kommt es zu einer Schätzung der Kauf- oder Miethſache. Hierauf deuten die Worte certa quantitas vel natura“. Jedoch beſteht hierüber kein Einverſtändniß. Daher bemißt das R.G. Bd. 4 S. 181 die Intereſſenforderungen des Käufers und Miethers nicht nach dem Doppelten des geſchuldeten Geldpreiſes, ſondern nach einer Schätzung des Kauf- oder Miethsobjektes. Damit bekommt denn freilich der Richter freiere Hand. — Die ſtrikte Anwendung der juſtinianiſchen Verordnung würde in allen bezüglichen vom R.G. entſchiedenen Fällen zu großen Härten geführt haben.

IV. Konventionalstrafe.

§ 46. Begriff. Grundsätze.[1]

Konventionalstrafe ist eine zur Strafe der Nichterfüllung oder der unvollständigen oder der unpünktlichen Erfüllung eines Versprechens bedungene Leistung.

1. Die Konventionalstrafe gehört zu der Gruppe von Vertragsklauseln, welche die prompte Erfüllung des Kontraktes durch Nachtheile zu sichern suchen, die sie dem säumigen Schuldner androhen. Sie ist verwandt dem Vorbehalte einer lex commissoria bei Nichtzahlung des Kaufpreises, der Exmission des Miethers bei Nichterfüllung seiner Verbindlichkeiten aus der Miethe, sowie des Rechtes der Kündigung des Darlehens bei nicht pünktlicher Zinszahlung. Doch besteht ein wesentlicher Unterschied. Jene Vorbehalte bezwecken die *Aufhebung* des Rechtsverhältnisses zum Nachtheile des Schuldners. Die Konventionalstrafe aber begründet eine *neue Verpflichtung* für den Fall der Nichteinhaltung des Hauptversprechens.[2]

Dieses Hauptversprechen muß nicht nothwendig klagbar sein.[3] Aber gegen die Rechtsordnung und die guten Sitten darf es nicht verstoßen.[4]

2. Die Konventionalstrafe hat die Form einer bedingten Obligation. Man verspricht z. B. 100 Mark für jeden Tag der Verspätung, wenn man die versprochenen Maschinen am Liefertage nicht abliefert. Nach ihrem Wortlaute müßte sie also bei Nichterfüllung des Hauptversprechens ohne Weiteres verfallen. Doch ihr Zweck ist nur, einen Druck auf den Schuldner zur Erfüllung zu üben. Hiermit wäre eine so rigorose Auslegung unvereinbar. Daher verfällt die Strafe nicht, *wenn die verpönte Nichtleistung in Gründen, die außerhalb des Schuldners und seiner Person liegen, ihre Ursache hat.*[5] So weit ging man dagegen nicht, daß man die Strafe von der *Verschuldung*

1) Neuenfeldt, ist die K.St. Strafe oder Ersatzleistung? 1885; Nettelbladt, d. Strafvertrag, Ludwigslust 1886; Seeler, z. L. v. d. Konventionalstrafe 1891.

2) l. 13 § 26 D. de act. empti vend. 19, 1.

3) Es gehört hierher namentlich der Fall, daß die Hauptverbindlichkeit wegen Mangels eines pekuniären Interesses nicht klagbar ist.

4) l. 61 D. de verb. obl. 45, 1, l. 134 pr. D. eod.

5) l. 69 D. de verb. obl. 45, 1. Ulpianus libro 6 ad edictum: Si homo mortuus sit, sisti non potest, nec poena rei impossibilis committetur, quemadmodum si quis Stichum mortuum dare stipulatus, si datus non esset, poenam stipuletur. Die Befreiung durch derartige Gründe hat der Beklagte darzuthun. R.G. Bd. 20 S. 33.

des Schuldners abhängig machte. Verstirbt daher der Schuldner vor dem Zahlungstermine, ohne Erben zu finden, so wird die Strafe verwirkt, obgleich von schuldhafter Nichterfüllung hier nicht gesprochen werden kann.[6]

Im Uebrigen ist zu unterscheiden:

a) Besteht die Verpflichtung, an die sich die Strafe knüpft, in Handlungen, die zu einem bestimmten Termine geleistet werden sollen, so verfällt die Strafe mit dem fruchtlosen Ablaufe des Termines.[7]

b) War eine Frist für die Leistung vereinbart, so wird die Strafe mit Ablauf der Frist verwirkt.[8]

c) Fehlt es an derartiger Zeitbestimmung, so verfällt in der Regel die Strafe erst, wenn eine Aufforderung des Gläubigers unbeachtet blieb.[9]

d) Wurden Unterlassungen durch die Konventionalstrafe versichert, so tritt die Verwirkung mit jeder Zuwiderhandlung ein.[10]

In der Regel verfällt die Konventionalstrafe ganz, wenn das

---

6) l. 77 D. de verb. obl. 45, 1. Paulus libro 58 ad edictum: Ad diem sub poena pecunia promissa et ante diem mortuo promissore committetur poena, licet non sit hereditas ejus adita. Vgl. l. 9 D. de nautico faenore 22, 2. Die Konv.Str. verfällt auch, wenn in Folge Eröffnung eines Konkurses über den Schuldner nicht erfüllt ist. R.G. Bd. 21 S. 51. Windscheid behauptet — Bd. 2 § 285 Anm. 10 —, unverschuldete Unmöglichkeit der Erfüllung mache von der Strafe frei, unverschuldete Unmöglichkeit rechtzeitiger Erfüllung aber nicht. Es müsse nämlich im Zweifel angenommen werden, daß die Strafe den Gläubiger auf alle Fälle gegen die Nachtheile verspäteter Erfüllung sichern sollte. Dies ist nicht begründet. Hat die Verspätung der Erfüllung ihren Grund in höherer Gewalt, sind z. B. durch Krieg oder Aufruhr alle Kommunikationswege abgeschnitten, auf welchen der Fabrikant die zu einer bestimmten Zeit versprochenen Maschinen liefern konnte, so entspricht es nicht dem Wesen der Strafe, noch auch der vermuthlichen Vertragsintention, den Fabrikanten mit der Konventionalstrafe zu belasten.

7) l. 23 pr. D. de obl. et act. 44, 7, l. 12 D. de contr. et comm. stip. 8, 37.

8) Streitig war unter den römischen Juristen, ob die Konventionalstrafe schon zu der Zeit verfallen ist, in welcher mit Sicherheit vorauszusehen ist, daß die versprochene Leistung, z. B. ein Hausbau, nicht mehr bis zu dem für sie festgesetzten Termine ausgeführt werden kann. Dies bejaht l. 113 pr. D. de verb. obl. 45, 1; es verneint l. 124 D. eod., l. 10 § 1 D. si quis caut. 2, 11. Die letztere Ansicht ist die der späteren Juristen und die dem Vertrage mehr entsprechende.

9) Es kann auch die Meinung gewesen sei, daß die Konventionalstrafe verwirkt sein soll, wenn der Schuldner nicht in angemessener — mäßiger — Zeit geleistet habe. Die Aussprüche der römischen Juristen hinsichtlich der Auslegung bezüglicher Kontraktsbestimmungen gehen auseinander, vgl. l. 24 D. quando dies leg. 36, 2, aber auch l. 19 pr. D. de eod., l. 1 D. de penu leg. 33, 9, l. 115 § 2 D. de verb. obl. 45, 1. Für die Regel wird man eine Aufforderung zur Leistung fordern müssen, da man sich im Zweifel für den Schuldner entscheiden muß, vgl. übrigens die bei Windscheid Bd. 2 § 285 Anm. 4 Citirten.

10) l. 122 § 6 D. de verb. obl. 45, 1.

Hauptversprechen auch nur theilweise nicht erfüllt ist. Natürlich kann Anderes vereinbart sein.[11]

3. Der Gläubiger soll durch die Konventionalstrafe nicht Doppeltes erhalten. Es ist in dieser Hinsicht zu unterscheiden:

a) Die Konventionalstrafe soll gegen die Verzögerung der Hauptleistung oder gegen etwaige Mängel derselben sichern. Dann kann sie neben der Hauptleistung eingefordert werden,[12] aber sein Interesse wegen Verzögerung und wegen Mängel kann der Gläubiger in diesen Fällen nicht noch außer der Konventionalstrafe beitreiben.

b) Die Konventionalstrafe ist hinsichtlich der Nichterfüllung des Hauptversprechens vereinbart. Dann kann nicht beides, die Konventionalstrafe und die Hauptleistung, beigetrieben werden.[13]

Es kann jedoch, nachdem der eine der Ansprüche eingeklagt oder befriedigt ist, das etwaige Mehr des anderen Anspruches nachgefordert werden.[14]

4. Steht die Konventionalstrafe außer Verhältniß zu dem Interesse des Gläubigers an der Hauptleistung und führt sie in Folge dessen zu einer Ausbeutung wegen eines verhältnißmäßig geringen Verstoßes, so ist sie insoweit gegen die guten Sitten, der Richter hat sie daher richtiger Ansicht nach zu ermäßigen. Da es aber hierfür an positiven gesetzlichen Aussprüchen fehlt, so wagt die neuere Praxis nicht leicht eine derartige Minderung, woraus große Mißstände entspringen.

---

11) l. 47 D. de act. empti vend. 19, 1, vgl. aber auch l. 9 § 1 D. si quis caut. 2, 11, l. 85 § 6 D. de verb. obl. 45, 1. Paulus libro 75 ad edictum: Item si ita stipulatio facta sit „si fundus Titianus datus non erit, centum dari?“ nisi totus detur, poena committitur centum nec prodest partes fundi tradere cessante uno . . .

12) Manche Schriftsteller haben behauptet, daß der Anspruch auf die Konventionalstrafe durch die vorbehaltlose Annahme der Hauptleistung auch dann verloren gehe, wenn die Konventionalstrafe für den Fall der Verspätung der Hauptleistung stipulirt sei und vertragsmäßig neben der Hauptleistung gefordert werden könne. Dies ist grundlos. In der Annahme der geschuldeten Hauptleistung liegt kein Verzicht auf die Konventionalstrafe, und das Schweigen über die künftige Geltendmachung weiterer Ansprüche verstößt nicht gegen Treu und Glauben. Hiergegen sprechen auch nicht l. 23 pr. D. de receptis 4, 8, l. 10 D. de eo, quod certo loco 13, 4 und l. 6 § 2 D. de lege commissoria 18, 3. So das Oberappellationsgericht zu Rostock bei Seuffert Bd. 21 n. 226, ferner R.O.H.G. Bd. 24 S. 56 und R.G. Bd. 9 S. 199.

13) l. 28 D. de act. empti vend. 19, 1, l. 4 § 7 D. de exc. doli 44, 4. Zulässig ist, auf die Hauptleistung zu klagen und zugleich für den Fall der Nichterfüllung auf die Strafe, ebenso auch, nach Klage auf die Hauptleistung, solange diese nicht geschehen ist, auf die Strafe zu klagen.

14) l. 41, l. 42, l. 71 pr. D. pro socio 17, 2.

Vierter Abschnitt.

Die Uebertragung der Obligationen.[1]

§ 47. Einleitung. Veränderungen der Obligationen.

Bezüglich ihrer Entwickelungsfähigkeit steht die römische Obligation zur heutigen im Gegensatze. Die römische Obligation war ein unveränderlicher Typus; der Begründungsakt gab ihr dauernd allein die Norm; daher mußte ihm die Klage genau entsprechen. Die heutige Obligation dagegen ist beweglich, beständiger Fortbildung fähig; trotz aller Veränderungen gilt sie als dasselbe Rechtsverhältniß, da sie sich letztlich aus dem ursprünglichen Begründungsakte herleitet.

Dies bezieht sich auf den Inhalt, wie auf die Subjekte der Obligation.

1. Die Römer erkannten dem Geschäftsschlusse nachfolgende Zusatzverträge — pacta adjecta —, abgesehen von mindernden, nicht an.[2] Jede Umgestaltung des Gläubigerrechtes forderte daher Umprägung und Neubegründung der Obligation durch Novation. Die moderne Obligation dagegen läßt sich durch Zusatzverträge verändern, ohne ihre Identität zu verlieren, mögen sie nun Ort oder Zeit der Zahlung oder auch das Schuldobjekt selbst betreffen.[3]

Sogar Verschuldung und Verzug führten im alten römischen Rechte nur zur Perpetuation der Obligation, also der Form nach nicht zu einer Veränderung ihres Inhaltes, sondern nur zur Ausschließung von Tilgungsgründen. Später freilich bewirkten sie allerdings auch in Rom tiefgreifende Veränderungen der Obligationen.[4]

---

1) Das Hauptwerk ist von Mühlenbruch, d. L. v. der Cession der Forderungsrechte 1817, 3. Aufl. 1836; siehe ferner Puchta, kleine Schriften n. 27; Windscheid die actio 1856; Kuntze, die Obligation 1856 S. 267, S. 119 ff.; Albert Schmidt, die Grundlehre der Cession 2. Bd. 1863 ff.; Bähr zur Cessionslehre in Iherings Jahrbüchern — 1857 — Bd. 1 n. 8; R. Saleilles, de la cession des dettes, Paris 1890.

2) Dies galt selbst bei den bonae fidei judiciis, wie Ulpianus libro 4 ad edictum, l. 7 § 5 D. de pactis 2, 14 ausführt: . . . solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei judiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt si agat, ne ex pacto actio nascatur. Vgl. l. 13 C. de pactis 2, 3; Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 480; Pernice in der Savigny-Zeitschrift, rom. Abth. Bd. 9 S. 212.

3) So auch Bechmann, Kauf a. a. O. Ganz unter dem Banne römischer Anschauungen steht Römer, Abhandlungen S. 5.

4) Vgl. oben § 41.

2. Noch starrer hielt das altrömische Recht an der Unveränderlichkeit der Subjekte der Obligation fest. Nur der Kontrahent hatte die Kontraktsklage gegen den Mitkontrahenten, und nur der Beschädigte die Deliktsklage gegen den Schädiger.

Doch gingen seit uralter Zeit die Forderungen und Schulden regelmäßig auf die Erben über, in denen die ursprünglichen Betheiligten gleichsam fortlebten.

Sonst bedurfte es einer Neubegründung der Obligation durch Novation, wenn auf Grund einer Disposition des bisherigen Gläubigers ein anderer an dessen Stelle treten sollte. Sie vollzog sich durch die Promission des Schuldners an den neuen Gläubiger. Ebenso war der Eintritt eines neuen Schuldners an Stelle des alten nur durch Novation möglich.[5]

Im entwickelten Rechte wurde die Veräußerung der Obligationen, die einen immer wichtigeren Bestandtheil des Vermögens bildeten, auch ohne Mitwirkung des Schuldners dringendes Bedürfniß. Da aber ein gerader Weg zu seiner Befriedigung nicht offen stand, wurde man auf Seitenwege gedrängt. Den, welchem man die Forderung übertragen wollte, machte man zum Prozeßbevollmächtigten mit der Ermächtigung, das Einkassirte für sich zu behalten — procurator in rem suam. Derselbe erhielt die Gläubigerrechte, wenn er die Klage gegen den Schuldner erhob und es zur Litiskontestation brachte; denn die hierin liegende Novation verschaffte ihm das dominium litis.[6]

Sollte aber die Uebertragung der Forderung sofortigen Werth für den Verkehr und die Konsistenz gewinnen, so mußte man den Erwerber schon vorher sichern. Diese Aufgabe löste man in folgender Art:

a) Man gewährte dem Erwerber das Recht einer Mittheilung der Abtretung der Forderung — der Denuntiation — an den Schuldner. Dieser durfte fortan dem ursprünglichen Gläubiger nicht mehr zahlen.[7]

5) Gajus Inst. II. § 38 ... quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum, sed opus est, ut jubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri: quae dicitur novatio obligationis. sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procurator meus experiri. Vgl. l. 25 § 2 D. de usufructu 7, 1.

6) Die Klageweise ergiebt Gajus Inst. IV. § 86. Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit. nam si verbi gratia L. Titius pro P. Maevio agat, ita formula concipitur: Si paret Nm Negidium P. Maevio sestertium X milia dare oportere, judex Nm Negidium L. Titio sestertium X milia condemna. si non paret absolve.

7) Vgl. über die Denuntiation unten § 48 Anm. 4.

b) Der Erwerber erhielt actiones utiles, vermöge deren er nicht mehr als Bevollmächtigter, sondern in eigenem Namen klagte. Damit war die Abtretung von dem Untergange der Vollmacht, welche dem procurator in rem suam noch drohte, schlechthin emancipirt.[8]

Nach römischer Auffassung war dies alles „Utilität", eine singuläre, durch die Verkehrsbedürfnisse geforderte Abweichung vom Principe. Das heutige Recht entnimmt hieraus einen neuen Grundsatz — das Recht zur Abtretung der Forderungen. Andrerseits ist es heute möglich, daß unbeschadet der Rechte des Gläubigers ein neuer Schuldner in die Obligation eintritt, ohne daß dieselbe ihre Identität verliert.

I. Die Cession.

§ 48. Die Cession und die Denuntiation.

Gemeinrechtlich sind Forderungen übertragbar.[1] Folge der Cession ist also Untergang des Rechtes. Der Abtretende — Cedent — hört auf Gläubiger zu sein, der Erwerber — Cessionar — wird der Gläubiger.

---

8) Die actio utilis gab zuerst Antoninus Pius dem Käufer einer Erbschaft. l. 16 pr. D. de pactis 2, 14. Sie wurde in der späteren heidnischen Kaiserzeit jedem Käufer gewährt, wie auch dem Pfandnehmer einer Forderung und Anderen, die auf einen onerosen Titel hin erwarben. l. 1, l. 2 C. de obligationibus 4, 10, l. 7 C. de hered. vel act. 4, 39, abgedruckt oben Bd. 1 § 293 Anm. 10. — Justinian erst verlieh auch dem Schenknehmer einer Forderung die actio utilis. l. 4 C. de donat. 8, 53. Er knüpft an die Neuerung die Folge, daß die geschenkte Forderung auf die Erben des Schenknehmers übergehen solle, auch wenn noch nicht lis über sie kontestirt war, was, wie er hervorhebt, bis dahin nicht der Fall war. Es ergiebt sich hieraus, daß das mandatum in rem suam bis zur Litiskontestation wenigstens grundsätzlich nach denselben Regeln erlosch, wie gewöhnliche Mandate, daß also der Erwerb der Forderung durch den procurator in rem suam vor der Litiskontestation noch nicht vollzogen war, daß vielmehr nur eine Möglichkeit zu erwerben bestand. Ueber die Form der actio utilis wissen wir nichts Bestimmtes, obwohl es nicht an Versuchen gefehlt hat, sie zu rekonstruiren. Nur negative Anhaltspunkte giebt l. 5 C. quando fiscus 4, 15. Diocletianus et Maximianus: In solutum nomine dato non aliter nisi mandatis actionibus ex persona sui debitoris adversus ejus debitores creditor experiri potest. suo autem nomine utili actione recte utetur. Vgl. l. 55 D. de proc. 3, 3. Eisele die a. utilis des Cessionars, Festschrift 1887. Das Verhältniß der actio mandata und utilis — mehr oder minder dunkel — bildete seit Alters den Ausgangspunkt verworrener Theorien, worüber zu vergleichen ist Mühlenbruch a. a. O. S. 201.

1) Mühlenbruch lehrte: der Cessionar mache ein fremdes Forderungsrecht geltend, die Cession übertrage nicht das Forderungsrecht selbst, sondern nur dessen Ausübung. Er betrachtete die Cession also im Wesentlichen noch als das, was sie in ihren Anfängen in Rom war, als mandatum in rem suam. Dies wurde zeitweise gemeine Meinung. An ihr hielt unter Anderen Vangerow Bd. 3 § 574 Anm. 1 S. 105 fest. Die meisten neueren Schriftsteller hingegen anerkennen die Cession als Singularsuccession in die Forderung. Hierfür beruft man sich darauf, daß das spätere römische Recht dem Cessionar actiones utiles zugestand, mit denen er nicht

Wie verhalten ſich aber Ceſſion und Denuntiation zu einander? Das richtige iſt: die Ceſſion bewirkt den Uebergang der Forderung; die Denuntiation hat die Aufgabe, dieſen Uebergang zu ſichern.[2]

Trotzdem kann der Schuldner — der Ceſſus — unmöglich unmittelbar mit der Ceſſion das Recht verlieren, ſeinem urſprünglichen Gläubiger zu zahlen oder anderweite Befreiung ihm gegenüber zu erlangen; denn der Akt der Ceſſion vollzieht ſich in der Regel ohne Mitwirkung und ſelbſt ohne Wiſſen des Ceſſus. Deswegen tritt ein Zwiſchenſtadium ein, in welchem der Cedent, obgleich er nicht mehr Gläubiger iſt, doch dem Schuldner gegenüber wie ein Gläubiger legitimirt iſt.

Es fragt ſich, wann dieſes Stadium endet? Nach der einen Anſicht iſt dies der Fall, wenn der Schuldner ſichere Kenntniß von der Ceſſion erhält.[3] Sie ſcheint folgerecht, hat aber erhebliche praktiſche Bedenken. Denn „ſichere Kenntniß" iſt Ueberzeugtheit

---

„alieno nomine", ſondern „suo nomine" klagte, ferner darauf, daß bereits Juſtinian von einem „transferre debitum" ſprach, l. 23 C. mandati 4, 35. Ihre beſte Stütze hat dieſe Anſicht aber darin, daß die Ceſſion im gemeinen Rechte ſachlich die Geſtalt einer Succeſſion in die Forderung angenommen hat und daß alle ihre einzelnen Rechtsſätze auf dieſe Idee zurückleiten. Vgl. Gürgens, die Singularſucceſſion in die Schuld in Iherings Jahrbüchern Bd. 8 n. 8. — Ueber die Verpfändung von Forderungen und die in ihr liegende beſchränkte Ceſſion vgl. oben Bd. 1 § 293.

2) Die Anſichten über das Verhältniß der Denuntiation zur Ceſſion ſind bei den Neueren ſehr getheilt. Windſcheid: die actio, vertheidigte die Meinung: mit der Ceſſion gehe die actio nicht auf den Ceſſionar über, hierzu bedürfe es einer Beſitzergreifung — der Denuntiation. Wie man in Rom zum Erwerbe von Servituten eine Beſitzergreifung forderte, habe man die Beſitznahme auch bei der Abtretung von Obligationen verlangt, um dieſelbe mit „Körperhaftigkeit" zu bekleiden. Iſt es aber nicht gerade charakteriſtiſch für die Obligation, daß der Gläubiger an ihr keinen Beſitz hat? Wie kann man nun Beſitz ergreifen an einem Dinge, an welchem ein Beſitz nicht möglich iſt? In den Pandekten Bd. 2 § 331 Anm. 8 hat Windſcheid zwar der Idee nicht entſagt, daß die Denuntiation „die Forderung ergreife", im Uebrigen iſt ſeine Auffaſſung geändert. Nunmehr giebt Windſcheid zu, daß der Ceſſionar auch vor der Denuntiation ein Forderungsrecht habe, indeſſen auch der Cedent ſei noch Forderungsgläubiger. Es liege alſo eine „Korrealobligation" vor. Dagegen führt namentlich Bähr a. a. O. S. 369 aus, daß nach der Ceſſion der Ceſſionar der einzige Gläubiger ſei. Und dies iſt zweifellos das Richtige. Die Anſicht, daß der Ceſſionar erſt mit der Denuntiation Gläubiger werde, oder daß Cedent und Ceſſionar Korrealgläubiger ſeien, führt, wenn ſie folgerecht durchgebildet wird, zu Reſultaten, welche mit der Idee der Ceſſion und den praktiſchen Zwecken, die durch ſie verfolgt werden, in Widerſpruch ſtehen.

3) Daß jede „ſichere" Kenntniß des Schuldners von der Ceſſion genüge, hat neuerdings namentlich Bähr a. a. O. S. 369 vertheidigt; ihm ſtimmt Regelsberger in Endemanns Handbuch des H.R. Bd. 2 S. 528 zu, aber keineswegs theilen dieſe Auffaſſung R.O.H.G. Bd. 23 S. 314 und R.G. Bd. 4 S. 114, welche vielmehr dieſe Frage dahingeſtellt ſein laſſen. Vgl. überhaupt Mühlenbruch a. a. O. S. 492 und die bei Windſcheid Bd. 2 § 331 Anm. 8 Citirten. Die in der folgenden Anmerkung angeführten Stellen ergeben die Nothwendigkeit der Denuntiation in beſtimmteſter Weiſe.

von der Richtigkeit der Thatsache. Damit wird die Frage, ob der Schuldner seinem ursprünglichen Gläubiger noch zahlen darf und muß, von einem *inneren, psychologischen Vorgange* abhängig gemacht, der sich äußerlich nicht markirt und oft zweifelhaft bleibt.

Es war zweckmäßiger, den kritischen Moment durch eine *äußere Thatsache zu fixiren*. Dies hat das römische Recht, wie die herrschende Ansicht anerkennt, gethan. Denn erst durch *Denuntiation* des Cessionars an den Cessus endigt die Legitimation des Cedenten zur Zahlungsannahme.[4] Ihr steht die Denuntiation seitens des *Cedenten* natürlich gleich.[5][6] Auch eine Anerkennung der Cession gegenüber dem Cessionar durch den Cessus genügt.

Anders wurde der *Verkauf einer Erbschaft* behandelt. Derselbe ist eine Thatsache von selbständiger Bedeutung, die einen größeren Kreis von Rechten und Pflichten bestimmt, die Erbschaftsschuldner ferner sind zuweilen dem Erbschaftskäufer nicht sämmtlich bekannt, oft nicht leicht zu erreichen. Um deswillen forderte man eine specielle Benachrichtigung der Erbschaftsschuldner nicht. Es genügt, daß sie den Verkauf der Erbschaft kennen.[7]

Da der Cedent bis zur Denuntiation noch die Legitimation eines Gläubigers hat, so ist er noch befugt, während dieser Zeit gegen den Schuldner Klage zu erheben. Wohin würde es auch führen, wenn jedem Gläubiger seitens seines Schuldners entgegengestellt werden könnte, er habe vernommen, daß die Forderung cedirt sei. Dies würde für chikanöse Einreden und Prozeßverzögerung herrliche Gelegenheit geben.

---

4) l. 4 C. quae res pignori 8, 16, abgedruckt oben Bd. 1 § 293 Anm. 8, l. 3 pr. C. de novationibus 8, 41. Gordianus: Si delegatio non est interposita debitoris tui ac propterea actiones apud te remanserunt, quamvis creditori tuo adversus eum solutionis causa mandaveris actiones, tamen antequam lis contestetur vel aliquid ex debito accipiat vel debitori tuo denuntiaverit, exigere a debitore tuo debitam quantitatem non vetaris et eo modo tui creditoris exactionem contra eum inhibere.

5) R.O.H.G. Bd. 23 S. 314. Windscheid freilich geht von der Ansicht aus, daß die Anzeige des Cedenten nicht genüge. Es fehlt ihm hierbei „die ergreifende Thätigkeit des Erwerbers". So Pand. Bd. 2 § 331 Anm. 9. Dort die Litteratur über die Streitfrage.

6) Mit Recht sagt Wendt Pand. § 216: Der Schuldner wird, was dritte Personen ihm an Nachrichten zutragen, ablehnen und übersehen dürfen in der wohlbegründeten Unterstellung, daß ihm über eine etwaige Cession schon von den Betheiligten unmittelbar eine Nachricht zugehen werde.

7) l. 17 D. de transactionibus 2, 15. Papinianus libro 2 quaestionum: Venditor hereditatis emptori mandatis actionibus cum debitore hereditario, qui ignorabat venditam esse hereditatem, transegit: si emptor hereditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accomodanda est. item respondendum est et in eo, qui fideicommissam recepit hereditatem, si heres cum ignorante debitore transegit.

Gleichwohl ist der Cedent nicht mehr Gläubiger. Die Gläubiger des Cedenten können daher die cedirte Forderung von der Cession an, auch wenn die Denuntiation noch nicht geschah, nicht mehr mit Erfolg pfänden. Vielmehr kann der Cessionar interveniren und sein Recht an ihr geltend[8] machen. Ferner gehört die cedirte Forderung nicht mehr zur Konkursmasse des Cedenten, wenn auch die Denuntiation an den Cessus zur Zeit der Eröffnung des Konkurses noch nicht geschehen war, vielmehr gehört sie zum Vermögen des Cessionars.

Hat endlich der Gläubiger seine Forderung zuerst an den Primus cedirt und später dem Sekundus abgetreten, welcher seinerseits vor dem Primus zur Denuntiation schreitet, so geht dennoch der Primus als der ältere Cessionar dem Sekundus vor.[9] Ja es kann Primus, wenn Sekundus die Forderung bereits eingezogen hat, gegen ihn auf Herausgabe des Einkassirten klagen, denn er hat sein, des Primus, Aktivum ohne Rechtsgrund erlangt.[10 11]

§. 49. Cessionsakt und Cessionsgrund.[1]

Cession im eigentlichen Sinne geschieht durch den Gläubiger. Aber auch durch richterliche Verfügung und selbst von Rechtswegen succedirt man in Forderungen, wie durch Cession.

1. Cession im eigentlichen Sinne pflegt man freiwillige — voluntaria — zu nennen, weil sie sich durch einen Willensakt des Cedenten — Vertrag oder Vermächtniß — vollzieht. Von diesem Standpunkte aus ist sie auch freiwillig, wenn sie in Folge einer gesetzlichen Verpflichtung geschieht.

Der Cessionsakt, d. h. die Uebertragung der Forderung, und der Cessionsgrund, z. B. der Verkauf derselben, sind, ähnlich, wie dies bei der Tradition körperlicher Sachen geschieht, scharf zu unterscheiden. Allerdings fällt beides meist zeitlich und äußerlich zu-

8) So R.G. Bd. 4 S. 111.

9) Die Frage ist sehr bestritten. Für das bessere Recht dessen, welcher zuerst denuncirte, sind u. A. Müssel in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 12 n. 12 und Knorr im Archiv für civ. Praxis Bd. 42 n. 15. Wendt Pand. § 216. Früher hatte diese Ansicht auch Windscheid, actio S. 190, anders Pand. Bd. 2 § 331 Anm. 10. — Einreden, die der Schuldner gegen den zuerst Denuncirenden gutgläubig vor der Denuntiation des älteren Cessionars erwarb, muß sich dieser freilich gefallen lassen.

10) Bähr a. a. O. Bd. 1 S. 439.

11) Kann der Schuldner dem klagenden Cessionar gegenüber einwenden, daß der Cedent die Forderung bereits früher einem Anderen cedirte, obgleich dieser noch nicht denuncirte? Dies bejaht R.G. bei Gruchot Bd. 35 S. 976.

1) Regelsberger, Beiträge z. L. von der Cession im Archiv für civ. Praxis Bd. 63 n. 8.

ſammen; mit ihrem Verkaufe insbeſondere gilt die Forderung regelmäßig unmittelbar als cedirt. Aber die Ceſſion iſt demungeachtet ein abſtraktes Geſchäft, ihr Rechtsbeſtand daher unabhängig von ihrem Grunde.[2] Dies iſt auch für den Ceſſus von großer Wichtigkeit. Denn in Folge deſſen hat er, ehe er dem Ceſſionar zahlt, nur die Gültigkeit der Ceſſion, nicht diejenige des Ceſſionsgrundes zu prüfen.

Iſt der Ceſſionsakt nichtig, z. B. wegen Minderjährigkeit des Cedenten, ſo muß dies der Ceſſus gegen den angeblichen Ceſſionar geltend machen; die etwaige Anfechtbarkeit des Ceſſionsaktes berührt ihn aber nicht.[3]

Beſtritten iſt die Behandlung der Einrede der Simulation der Ceſſion. Gemäß der Praxis iſt ſie nur dann zu verſtatten, wenn der Ceſſus ein beſonderes und eigenes Intereſſe an der Nichtceſſion darthun kann. Denn, wie auch das Verhältniß nach innen liegt, jedenfalls hat der Gläubiger den Pſeudoceſſionar nach außenhin zur Beitreibung der Forderung ermächtigt. Dies genügt zu deſſen Legitimation.[4]

2. Auch durch richterliche Verfügungen werden Forderungen übertragen. Insbeſondere überweiſt das Vollſtreckungsgericht dem betreibenden Gläubiger auf deſſen Antrag die Geldforderung ſeines Schuldners behufs der Zwangsvollſtreckung an Zahlungsſtatt.[5]

3. Endlich gehen auch in einigen Fällen Forderungen von Rechtswegen auf einen neuen Gläubiger über.[6]

---

2) Die Frage iſt beſtritten. A. Anſicht Strohal in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 392. Vgl. die bei Regelsberger a. a. O. S. 164 Anm. 5 Citirten.

3) Regelsberger a. a. O. S. 163.

4) Daß ſich der Ceſſus nicht auf die Simulation der Ceſſion berufen könne, daß hierin eine unzuläſſige exceptio de jure tertii liege, iſt ein in der Praxis herrſchender Satz. Vgl. aber die feinen Unterſuchungen von Regelsberger a. a. O. S. 167, ſiehe auch R.O.H.G. Bd. 24 S. 322, Windſcheid Bd. 2 § 334 Anm. 1.

5) Der Gläubiger hat nach der C.P.O. § 736 ein zwiefaches Recht an der von ihm behufs Zwangsvollſtreckung gepfändeten Forderung ſeines Schuldners. a) Er kann ſich die Forderung an Zahlungsſtatt zum Nennwerthe übereignen laſſen. Dann iſt ſeine Forderung auf den Betrag der überwieſenen getilgt, vorausgeſetzt, daß dieſelbe „beſteht", alſo gültig iſt, dies auch, wenn der Drittſchuldner zahlungsunfähig ſein ſollte. b) Der Gläubiger kann ſich mit ſeinem Pfandrecht an der gepfändeten Forderung begnügen. Er muß ſich aber die Befugniß zur Einziehung derſelben vom Gericht überweiſen laſſen, um ſein Pfandrecht zu verwirklichen, ſ. g. Ueberweiſung zur Einziehung. Seine Forderung wird in dieſem Falle ſo weit getilgt, als er von dem Drittſchuldner etwas beitreibt, oder er wegen culpa in exigendo dem Gepfändeten verantwortlich wird. Vgl. Hellwig, die Verpfändung von Forderungen S. 115.

6) Häufig lehrte man, daß der Uebergang der Forderung ſtets dann von Rechtswegen eintrete, wenn die Ceſſion rechtlich erzwingbar ſei. So Puchta, Pand. § 281 und Savigny, O.R. Bd. 1 S. 243. Ein ſolcher Uebergang iſt zwar in einzelnen

Hierin liegt nicht wahre Cession, sondern gesetzliche Succession. Dennoch spricht man von *nothwendiger* oder *fingirter Cession* — cessio necessaria —, weil die Rechtssätze der Cession wenigstens im Wesentlichen analoge Anwendung finden.[7]

§ 50. Gegenstand der Cession.

Die Cession erstreckt sich auf das ganze Gebiet der Vermögensrechte. Auch dingliche Klagerechte sind daher cedirbar.[1] Aber vorzugsweise wichtig ist die Cession von Forderungen. Sie ist wie bei fälligen, so auch bei nichtfälligen, bedingten[2] und zukünftigen, und selbst bei klaglosen Forderungen möglich. Auch die Cession von Ansprüchen aus zweiseitigen Verträgen ist gültig; an den Rechten des Cessus, nur gegen die vorgängige oder gleichzeitige Gegenleistung zu erfüllen, wird aber hierdurch nichts geändert.[3]

Nicht cedirbar sind Forderungen entweder wegen ihrer besonderen Natur, oder wegen positiver Verbote.

1. Nicht möglich ist Cession von Obligationen, die eine *besondere Beziehung auf die Person des Gläubigers* haben, so daß sie bei einer Uebertragung ihren Zweck verfehlen würden. Dahin gehören unmittelbare Alimentenforderungen.[4]

Fällen anzunehmen, in welchen eine ausdrückliche Cession zwecklose Formalität wäre, vgl. unten § 81 Anm. 15, keineswegs aber für die Regel. Er wäre in seiner Allgemeinheit nicht gerechtfertigt, denn er würde alle Sicherheit über die Person des Gläubigers über den Haufen werfen. Vgl. Mühlenbruch S. 470, Bähr a. a. O. Bd. 1 S. 400, Windscheid Bd. 2 S. 330 Anm. 12, endlich R.G. Bd. 1 S. 314. Ist aber der Gläubiger zur Abtretung der Forderung *verurtheilt*, so gilt die Cession als erklärt, *sobald das Urtheil die Rechtskraft erlangt hat*. Vgl. C.P.O. § 779.

7) Regelsberger a. a. O. S. 158 will den Begriff der „gesetzlichen" oder „fingirten" *Cession* beseitigen und nur von einem gesetzlichen *Forderungsübergang* gesprochen haben. In jenen Ausdrücken liegt aber eine eingebürgerte und bequeme Formel, um anzuzeigen, daß die Grundsätze der eigentlichen Cession auf die Fälle des gesetzlichen Ueberganges der Forderungen analoge Anwendung finden. Sie wird sich daher nicht verdrängen lassen.

1) Vgl. oben Bd. 1 § 225 Anm. 1 und 2.

2) Auch bedingt hinterlassene Vermächtnisse sind cedirbar trotz l. 41 D. de cond. et dem. 35, 1. R.G. Bd. 8 S. 189, Wolff, Rechtswirkungen d. Cession bedingter Vermächtnisse, Bonner Inaug.-Diss. 1887, Enneccerus Rechtsgesch. S. 248, Windscheid Bd. 1 § 89 Anm. 10.

3) R.O.H.G. Bd. 12 S. 74, R.G. Bd. 13 S. 12. Handelt es sich um Gegenleistungen des Cedenten, die nicht nothwendig gemäß des Vertrages in eigener Person vorzunehmen sind, so steht es dem Cessionar frei, als in eigenem Interesse handelnder Vertreter des Cedenten zu erfüllen und hierdurch der exceptio non adimpleti contractus zu begegnen.

4) Vgl. über die Cession von Alimentenforderungen, insbesondere von Wittwenpensionen, R.G. Bd. 4 S. 143. Als nicht cedirbar betrachtet man auch die actiones

2. Pfandrechte, Retentionsrechte, Rechte gegen Bürgen, überhaupt Rechte, die nur um eines anderen Anspruches willen bestehen, können zwar mit dem Hauptrechte, nie aber ohne dasselbe abgetreten werden.

3. Vereinbarungen über Nichtcedirbarkeit einer Forderung — pacta de non cedendo — sind gültig und stehen einer gleichwohl vorgenommenen Cession entgegen.[5]

4. Die römischen positiven Cessionsverbote haben derzeit keine erhebliche praktische Bedeutung mehr.[6] Die Cession *rechtshängiger Ansprüche* insbesondere, welche nach römischem Rechte nichtig war,[7] ist nach der C.P.O. zulässig. Der Prozeß ist aber unter den ursprünglichen Parteien fortzuführen und die bereits erwachsenen prozessualischen Rechte bleiben unberührt.[8]

Verboten ist bei Strafe der Verwirkung der Forderung die Cession einer Forderung an potentiores, d. h. Personen, die ein derartiges soziales Uebergewicht haben, daß der Schuldner ihnen gegenüber die Fortsetzung des Prozesses nicht füglich wagen kann.[9]

Das Gleiche gilt von der Uebertragung einer Forderung an den Bevormundeten auf dessen Vormund.[10 11]

---

vindictam spirantes, die eine persönliche Genugthuung bezwecken, z. B. die Injurienklage, vgl. Mühlenbruch § 26, ferner Forderungen aus pacta de contrahendo, vgl. Degenkolb im Archiv für civ. Praxis Bd. 71 S. 77.

5) Stegemann, das pactum de non cedendo im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 S. 315. Quellenzeugnisse fehlen. Auch testamentarische Verbote der Cession etwa bis zu einem gewissen Alter des Cedenten sind gültig. — Die Zwangsvollstreckung in die Forderung ist durch dasselbe nicht ausgeschlossen; aber die gepfändete Forderung kann dem Gläubiger nur „zur Einziehung" überwiesen werden. C.P.O. § 736.

6) Die Reichsgesetzgebung hat mehrere social wichtige Cessionsverbote in Verbindung mit dem Verbote der Beschlagnahme der bezüglichen Forderungen geschaffen. Insbesondere gestattet das Reichsgesetz vom 21. Juni 1869 die Beschlagnahme und die Cession von Lohnansprüchen nur, wenn die Arbeiten und Dienste, welche zu vergüten sind, bereits geleistet wurden und der Tag, an welchem die Vergütung zu entrichten war, abgelaufen ist, ohne daß dieselbe vom Vergütungsberechtigten eingefordert wurde. Auch in mehreren anderen Reichsgesetzen ist an das Verbot der Beschlagnahme von Intraden das der freiwilligen Cession geknüpft. Ist hieraus das allgemeine Princip zu entnehmen, daß Forderungen, die der Pfändung nicht unterliegen, unübertragbar sind? Dies verneint R.G. Bd. 4 S. 142, vgl. aber mein preuß. Privatrecht Bd. 2 § 109.

7) l. 5 C. de litigiosis 8, 36.

8) C.P.O. § 236 Abs. 1.

9) l. 2 C. ne liceat potentioribus 2, 13. Solche soziale Verhältnisse sind derzeit nicht häufig. Das Verbot wird daher selten Platz greifen, ist aber nicht als antiquirt zu erachten. Ueber die zahlreichen Streitfragen vgl. Vangerow Bd. 3 § 574 Anm. 2 S. 109.

10) nov. 72 cap. 5.

11) Nach dem R.A. von 1551 § 79 und der R.P.O. von 1577 Tit. 20 § 4 war verboten, daß ein Jude seine Forderung an einen Christen anderen Christen cedire. Dies um zu verhüten, daß Christen sich auf einem Umwege die den Juden gestatteten Zinsverträge zu gute brächten. Die Bestimmung ist antiquirt.

§ 51. Rechte des Cessionars gegen den Cessus.

Die Forderung geht auf den Cessionar so über, wie sie zur Zeit der Cession beschaffen war.

Da jedoch der Cedent von der Cession bis zur Denuntiation noch die Legitimation eines Gläubigers hat, so unterliegt der Cessionar auch den Einreden, welche der Cessus noch in dieser Zwischenzeit gegen den Cedenten erwirbt.

Im Einzelnen haben die Rechte des Cessionars folgende Gestalt:

1. Der Umfang, in welchem die Forderung übertragen wird, ergiebt sich aus dem Cessionsakte.[1]

Was der Cessionar dem Cedenten für die Forderung gewährte, ist grundsätzlich ohne Bedeutung für sein Recht gegen den Cessus. Um jedoch schmutzigen Spekulationen durch Aufkaufen schlechter Forderungen für geringen Preis entgegenzutreten, bestimmte die s. g. lex Anastasiana, daß der Käufer einer Forderung nicht mehr vom Cessus beanspruchen dürfe, als der Kaufpreis derselben betrug. Hinsichtlich des Mehrbetrages wird der Cessus frei. Ueberlassung an einen Gläubiger statt Zahlung, ferner an den beklagten dritten Pfandbesitzer behufs Befreiung des Pfandes, endlich an einen Gemeinschafter behufs einer Auseinandersetzung wurden nicht betroffen.[2]

---

1) Vgl. l. 34 pr. D. de leg. III. Es handelt sich, soweit der Cessionsakt keine ausdrücklichen Bestimmungen enthält, um eine Interpretationsfrage. Gewöhnlich werden Verzugszinsen, Interessenforderungen, Ansprüche auf künftig verfallende Vertragszinsen, sowie auch noch nicht verfallene Konventionalstrafen in der Cession begriffen sein. Rückständige Vertragszinsen und verfallene Konventionalstrafen gelten dagegen in der Regel nicht als mit der Hauptforderung cedirt.

2) l. 22 C. mandati vel contra 4, 35. Anastasius aus dem Jahre 506: Per hanc itaque legem jubemus in posterum hujusmodi conamen inhiberi ... ita tamen, ut si quis datis pecuniis hujusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum ejus actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit: exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascumque vel creditor vel is, qui res aliquas possidet pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione acceperit, nec non his, quas in legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictae sunt, pro his fieri necesse sit. Ueber die zahlreichen Streitfragen, welche sich an die lex Anastasiana knüpfen, vgl. Vangerow Bd. 3 § 576. Selbstverständlich kann der Cessionar nicht bloß vom Cessus einfordern, was er für die Forderung „gab", sondern auch was er als Kaufpreis für sie „versprach", R.G. Bd. 14 S. 240. Besonders bestritten war von jeher die Beweislast. Nach der herrschenden Ansicht hat der Beklagte im Streitfalle darzuthun, daß die Cession auf einem Verkaufe beruhe, und muß der Cessionar, sofern dies einmal feststeht, die Höhe des von ihm gewährten Kaufpreises nachweisen. Sie entspricht dem Worte und dem Sinne der lex Anastasiana. Viele jedoch nehmen an, der Schuldner habe zur Begründung der Einrede darzuthun, wieviel weniger, als der Betrag der Forderung, vom Cessionar gewährt

Die lex Anastasiana ist durch das H.G.B. bezüglich der aus Handelsgeschäften hervorgegangenen Forderungen beseitigt[3] und in vielen Partikularrechten ganz aufgehoben.[4] Indem sie Auswüchsen entgegentrat, beschränkte sie doch auch die Entwickelung des loyalen Verkehres.

2. Auf den Cessionar gehen mit der Forderung auch deren Accessionen, insbesondere die Rechte gegen die Bürgen und die Pfandrechte über.[5] Bestritten ist, inwieweit ihm *Vorrechte* des Cedenten zukommen? Der Cessionar hat keinen Anspruch auf Vorrechte, welche der Person des Cedenten *bei* Geltendmachung der Forderung zugestanden hätten. Das gilt z. B. für die Sportelfreiheit des Fiskus, welcher einem Privaten seine Forderung cedirte. Vorrechte dagegen, *welche sich an die Forderung knüpfen*, gehen auf den Cessionar über, auch wenn sie um der Person des Cedenten willen gewährt waren. Hierher gehören namentlich die Konkursprivilegien.[6] [7]

---

worden sei. So u. A. Windscheid Bd. 2 § 333 Anm. 7. — Umgehungen des Gesetzes kamen sofort nach seinem Erlasse vor. Eine sehr naheliegende war, dem Cessionar die Forderung nur bis zum Belaufe des Verkaufspreises zu verkaufen und ihm den Rest zu schenken. Solche Schenkungen erklärte Justinian in der l. 23 C. mandati 4, 35 für nichtig und die Forderung auf den geschenkten Betrag für erloschen.

3) H.G.B. Art. 299. Ob das *Abtretungsgeschäft* ein Handelsgeschäft ist, ist ohne Bedeutung. R.G. Bd. 14 S. 240.

4) Die bezüglichen Verordnungen zählt Stobbe Bd. 3 S. 187 Anm. 57 auf.

5) l. 6, l. 23 pr. D. de her. vel act. vend. 18, 4, l. 14 pr. D. eod., l. 6, l. 7 C. de obl. et act. 4, 10, l. 14 C. de fidejussoribus 8, 40.

6) Bestritten ist, inwieweit dem Cessionar die Vorrechte des Cedenten bezüglich der Forderung zukommen, vgl. Mühlenbruch a. a. O. § 56, Bangerow Bd. 3 § 575 Anm. 2, Windscheid Bd. 2 § 332 Anm. 10. Hinsichtlich der *Vererblichkeit* unterscheiden die Römer privilegia „causae" und „personae". Die ersteren, welche um der Eigenschaften der Forderung willen gewährt sind, gehen auf die Erben des Gläubigers über, die anderen, welche um der Person des Gläubigers willen zugebilligt wurden, vererben sich nicht. Manche behaupteten nun, daß dem entsprechend zwar die privilegia causae auf die Cessionare übergingen, nicht aber die privilegia personae. Hierfür spricht scheinbar die l. 42 D. de administratione tut. 26, 7. Papinianus libro 1 definitionum: Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit, in rem suam judicatus procurator datus privilegium pupilli non habebit, quod nec heredi pupilli datur; non enim causae, sed personae succurritur, quae meruit praecipuum favorem. Aber die Entscheidung Papinians bezieht sich auf den Fall einer *erzwungenen Cession*, die nur einen *Ersatz für das unter den Mitvormündern fehlende Klagerecht* auf verhältnißmäßige Austheilung des Schadensersatzes bezweckt. Ein Konkursprivileg für diesen Anspruch hätte in der That keine innere Berechtigung. Wenn Papinian fortfährt, daß dies Privilegium auch auf die Erben nicht übergehe, weil es privilegium causae sei, so rechtfertigt dies den Schluß nicht, daß es auch im Falle einer gewöhnlichen Cession erlösche. Damit würde die Cession die Forderung so erheblich verschlechtern, daß dem Gläubiger die Abtretung derselben häufig thatsächlich unmöglich gemacht wäre. Dies ist um so weniger anzunehmen, als in anderen Fällen der Uebergang von persönlichen Privilegien auf den Cessionar un-

3. Welche Einreden muß sich der Cessionar aus der Person des Cedenten gefallen lassen? In der Regel alle, also nicht bloß diejenigen, welche in rem, sondern auch diejenigen, die in anderer Beziehung nur in personam wären. Es genügt, daß die thatsächliche Grundlage der Einrede vor der Denuntiation bestand.[8] Hat aber der Cessus dem Cessionar gegenüber die Schuld als rechtsbeständig aner-

---

bedenklich zugestanden wird, vgl. l. 7 C. de privil. fisci 7, 73, l. 2 C. qui pot. 8, 18. Viele Neuere versagen jedoch Rechtswohlthaten, die in einer Eigenschaft des Gläubigers ihren Grund haben, dem Cessionar wenigstens dann, wenn sie einen Vorzug nicht sowohl „verleihen" als „in Aussicht stellen". Zu Rechtswohlthaten der letzteren Art rechnen sich die Konkursprivilegien. Vgl. Windscheid a. a. O. Will man sich mit der l. 42 cit. so abfinden, so geschieht dies doch nur sehr äußerlich, denn von einer solchen Unterscheidung enthält der Ausspruch Papinians nichts. Es kann auch nicht zugegeben werden, daß Konkursprivilegien nur eine „Aussicht" auf Vortheile gewähren, sie sind vielmehr sehr wichtige Eigenschaften gewisser Forderungen, die allerdings nur im Falle des Konkurses des Schuldners wirksam werden. Vgl. R.G. Bd. 3 S. 34 über den Uebergang der in der K.O. § 54 bestimmten Vorrechte.

7) Sehr zweifelhaft ist, ob der Cessionar Vorrechte, die ihm bezüglich „seiner" Forderungen in Folge seiner persönlichen Stellung zukommen, auch bezüglich „cedirter" Forderungen geltend machen? ob z. B. der Mündel oder das Hauskind das Vorrecht im Konkurse des Vormunds oder Vaters auch für cedirte Forderungen gegen denselben beanspruchen kann? Die Bejahung scheint geboten, da dem Cessionar die ihm cedirte Forderung übereignet wird. Allein dieser bloß formale Grund kann nicht durchschlagen. Die Lage des Schuldners soll durch die Cession nicht wesentlich verschlechtert werden, die Forderung durch sie nicht verbessert werden. Dies spricht für die Verneinung der Frage. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 332 Anm. 12.

8) Windscheid Bd. 2 § 332 Anm. 2 stellt als Princip auf: Einreden, welche sich nicht sowohl „auf die Forderung selbst" als vielmehr „auf diese bestimmte Gläubigerperson beziehen", gehen mit dem Wechsel des Gläubigers unter. Hiergegen ist zu erinnern: Nicht darauf kann es hier ankommen, ob es sich um Einreden handelt, die den Erben des Gläubigers gegenüber versagen, sondern nur darauf, ob sie derart persönlich sind, daß sie gegen einen Cessionar nicht eingreifen können. Daß es aber Einreden solcher Art giebt, ist nicht nachgewiesen. Daß die exceptio doli, obgleich in personam, dem Cessionar aus der Person des Cedenten entgegensteht, wird heutzutage nicht bezweifelt. Man führt aber in erster Linie die Einrede der Kompetenz an. Dieselbe war allerdings „personae cohaerens" und stand daher nur dem Schuldner selbst, nicht dem Bürgen des Schuldners zu, l. 7 D. de exceptionibus 44, 1; nirgends aber ist bezeugt, daß sie auch in dem Sinne „in personam" ist, daß sie gegenüber dem Cessionar nicht durchgreift, wenn sie dem Cedenten gegenüber begründet war. Dies ist auch aus inneren Gründen nicht anzunehmen, weil es ihrem Zwecke zuwiderliefe. Weiter führt man Stundungsverträge an. Jedoch ein Stundungsvertrag, durch welchen der Gläubiger für seine Person auf die Geltendmachung einer Forderung verzichtet, während er dieselbe seinen Erben vorbehält, — l. 57 § 1 D. de pactis 2, 14 — kann zweifellos dem Cessionar des Gläubigers, so lange dieser lebt, entgegengestellt werden; dies entspricht seiner vermuthlichen Absicht. Ein Vertrag aber, wonach der Gläubiger auf die Geltendmachung der Forderung für seine Person verzichtet und sie gleichwohl einem etwaigen Cessionar vorbehält, wird nicht vorkommen; er wäre für den Schuldner nahezu werthlos. Dieses höchst entlegenen Falles wegen bedarf es der Distinktion von Windscheid nicht. Mit Recht lehren daher die meisten neueren Schriftsteller, daß sämmtliche Einreden, welche bis zur Denuntiation in der Person des Cedenten begründet waren, auch dem Cessionar entgegenstehen, vgl. Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 16 n. 15, Bangerow Bd. 3 § 575 Anm. 1.

kannt, ſo kann er ſich der Einreden, die ihm aus der Perſon des Cedenten zuſtanden, richtiger Anſicht nach nicht bedienen.[9]

Der Ceſſus kann ferner Einreden jeder Art aus der Perſon des Ceſſionars erwerben.[10]

4. Der Ceſſus iſt gegen die Gefahr zu ſichern, doppelt zahlen zu müſſen. Dieſe Gefahr kann namentlich dadurch entſtehen, daß der urſprüngliche Gläubiger die angebliche Ceſſion nicht anerkennt und noch einmal Zahlung beitreibt, nachdem der Schuldner dem als Ceſſionar Auftretenden — ſei es freiwillig, ſei es durch rechtskräftiges Urtheil gezwungen — bereits gezahlt hat. Um dies zu verhüten, kann der Schuldner vor der Zahlung von dem als Ceſſionar Auftretenden die Aushändigung der Ceſſionsurkunde oder ſonſtiger Beweismittel der Ceſſion fordern, die ihm ermöglichen, dem urſprünglichen Gläubiger gegenüber ſeinerſeits den Beweis der geſchehenen Ceſſion zu führen, wenn derſelbe ſpäter klagen ſollte. Iſt der Ceſſionar hierzu nicht im Stande, ſo kann er nur Depoſition der Schuldſumme fordern, es ſei denn, daß er dem Ceſſus Realſicherheit gegen die Gefahr etwaiger Anſprüche des Cedenten ſtellt.[11]

Treten verſchiedene Prätendenten wegen derſelben Forderung auf, ſo kann der Schuldner die Schuldſumme deponiren und jene den Streit um dieſelbe unter einander ausmachen laſſen.[12]

§ 52. Rechtsverhältniſſe zwiſchen dem Ceſſionar und dem Cedenten.

Meiſt finden ſich gegenſeitige Anſprüche zwiſchen dem Ceſſionar und dem Cedenten. Sie entſpringen nicht ſowohl aus der Ceſſion ſelbſt, als aus ihrem Rechtsgrunde. Dieſer beſtimmt daher ihren Inhalt und Umfang.

Doch giebt es Verbindlichkeiten, welche die Begleiter jeder Ceſſion ſind, weil ſie ſich aus der Natur des Ceſſionsgeſchäftes ergeben.

---

9) Die Anerkennung der Forderung durch den Ceſſus — alſo nicht bloße Anerkennung der Ceſſion — giebt derſelben ein neues Fundament. Vgl. Glück Bd. 16 S. 426. Anderer Anſicht Mühlenbruch § 50. Erfolgte die Anerkennung irrthümlicherweiſe und geſchah die Ceſſion auf Grund eines oneroſen Titels, ſo hat der Ceſſus, arg. l. 19 D. de novat. 46, 2, eine condictio gegen den Cedenten, der sine causa bereichert iſt, aber keine Rechte gegen den Ceſſionar.

10) Dem Ceſſus erwachſen keine Einreden aus Vereinbarungen zwiſchen Cedenten und Ceſſionar über die Weiſe, wie dieſer die ihm unbedingt abgetretene Forderung geltend machen ſoll, insbeſondere bei ſ. g. cessio in securitatem, R.G. Bd. 24 S. 162.

11) Vgl. namentlich Bähr a. a. O. S. 445, l. 11 § 21 D. de leg. III.

12) C.P.O. § 72.

1. Durchweg iſt der Cedent dem Ceſſionar erſatzpflichtig, wenn er *nach der Ceſſion* noch Zahlungen annimmt, oder ſonſt von ſeiner formellen Legitimation zu Verfügungen über die Forderung zum Nachtheile des Ceſſionars noch Gebrauch macht.[1]

2. Er hat weiter allgemein dem Ceſſionar zur Realiſirung der Forderung *verkehrsüblichen Beiſtand* zu leiſten, hiernach namentlich auf Anfordern eine *ſchriftliche Urkunde über die Ceſſion auszuſtellen*[2] und dem Ceſſionar die Beweismittel über die Forderung zugänglich zu machen.

3. Die Sicherungsmittel der cedirten Forderung hat er dem Ceſſionar zu übermachen, alſo namentlich die Fauſtpfänder auszuhändigen, ſoweit ſich dies mit ſeiner Verantwortlichkeit gegenüber dem Verpfänder verträgt.

4. *Verkäufer* von Forderungen haften für deren *Rechtsbeſtändigkeit* — nomen verum esse —, alſo dafür, daß ſie an und für ſich begründet und nicht in Folge peremptoriſcher oder dilatoriſcher Exceptionen, die dem Käufer beim Erwerbe unbekannt waren, für immer oder zur Zeit uneinbringlich ſind.

Dagegen ſtehen ſie dem Käufer für die *faktiſche Beitreibbarkeit* der Forderung — nomen bonum esse — an und für ſich nicht ein. Iſt auch ſie bedungen, ſo haftet der Verkäufer doch nur unter der Vorausſetzung, daß der Käufer die Forderung ungeſäumt nach der Ceſſion beziehungsweiſe Fälligkeit beitreibt und ununterbrochen verfolgt.[3 4]

1) l. 23 § 1 D. de her. vel act. vend. 18, 4. Hermogenianus libro 2 juris epitomarum: Nominis venditor quidquid vel compensatione vel exactione fuerit consecutus, integrum emptori restituere compellatur. Es liegt auf der Hand, daß das vom Cedenten noch Eingenommene ohne Unterſcheidung des Grundes der Ceſſion — eventuell wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus dem fremden Aktivum — dem Ceſſionar zu erſtatten iſt.

2) Bähr a. a. O. S. 481: „Von ſelbſt verſteht es ſich, daß die Koſten des Ceſſionsinſtrumentes der Ceſſionar tragen muß, wenn nicht beſondere Gründe für das Gegentheil vorliegen."

3) l. 4 D. de her. vel act. vend. 18, 4. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem esse debitorem non debere praestare, debitorem autem esse praestare, nisi aliud convenit; l. 5 D. eod. Paulus libro 33 ad edictum: et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit. Sed si certae summae debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor: si incertae et nihil debeat, quanti intersit emptoris, l. 74 § 3 D. de evictionibus 21, 2. Die früheren Schriftſteller lehrten meiſt als Regel, daß der *Cedent* für die rechtliche Exiſtenz der Forderung, nicht aber für die Solvenz des Schuldners einſtehe. Mit Recht hat dem gegenüber Schliemann, die Haftung des Cedenten 1848, 2. Ausgabe 1850 hervorgehoben, daß die Haftung des Cedenten für die Beitreibbarkeit der cedirten Forderung aus dem der Ceſſion zu *Grunde liegenden Geſchäfte* entſpringt und durch daſſelbe beſtimmt wird.

4) Was hat der Verkäufer zu präſtiren, wenn die verkaufte Forderung nicht oder nicht in dem angegebenen Maße beſteht? Er iſt, wie auch R.G. Bd. 8 S. 109

Was vom Verkaufe, gilt von jeder entgeltlichen Veräußerung.

Der Schenker der Forderung steht nur für etwaigen Dolus ein. Ebenso ist es im Falle einer Cession in Folge einer Zwangsvollstreckung und bei gesetzlichen Cessionen.

II. Schuldübernahme.[1]

§ 53. Begriff und Wirkungen der Schuldübernahme.

Schuldübernahme pflegt man den Eintritt eines neuen Schuldners in eine Obligation zu nennen, die im Uebrigen fortbesteht. Sie ist privativ, wenn der neue Schuldner an die Stelle des bisherigen tritt, und kumulativ, wenn er neben demselben verpflichtet wird. Die Schuldübernahme gilt in der Regel als privative. Sie bildet eine Succession; das Forderungsrecht bleibt bestehen, der Schuldner wechselt. Es wird aus dem ursprünglichen Geschäft geklagt, die Schuldübernahme bestimmt nur die Passivlegitimation.

Die Schuldübernahme kann geschehen:

a) durch Vertrag des Uebernehmers mit dem Gläubiger.

b) Schwieriger ist das Verhältniß, falls die Uebernahme nur zwischen dem ursprünglichen Schuldner und dem Uebernehmer vereinbart wird.

Ein derartiger Vertrag verpflichtet den Uebernehmer gegenüber seinem Mitkontrahenten, dessen Befreiung herbeizuführen. Erwirbt aber auch dessen Gläubiger, trotzdem daß er nicht beim Abschlusse betheiligt war, noch auch zum Beitritte aufgefordert ist, ein Forderungsrecht gegen den Schuldübernehmer?[2]

---

ausführt, dem gutgläubigen Käufer zum Ersatze seines gesammten Interesses verbunden, ohne Unterschied, ob die Forderung niemals bestand oder ob sie ipso jure, z. B. durch Zahlung aufgehoben oder ob sie durch Exception entkräftbar ist. Denn wer eine Forderung verkauft, versichert deren Existenz und muß die Wahrheit dieser Versicherung vertreten, beziehungsweise für den Nachtheil aufkommen, welcher dem dieser Versicherung glaubenden Käufer dadurch entsteht, daß sie den Thatsachen nicht entspricht. Das Interesse fällt, wenn auch ein bestimmter Nominalbetrag der Forderung angegeben war, keineswegs immer mit diesem zusammen und ist ebenso wenig immer identisch mit dem gezahlten Kaufpreise. Das Interesse ist vielmehr nach den Umständen ein verschiedenes. Die Litteratur über die Frage stellt zusammen R.G. Bd. 8 S. 110.

1) Delbrück, die Uebernahme fremder Schulden 1853, hierüber Hinrichs in der Kieler allgemeinen Monatsschrift, Jahrgang 1853 S. 685, Gürgens in Iherings Jahrbüchern Bd. 8 n. 8, Regelsberger in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes Bd. 2 S. 532 und im Archiv f. c. Pr. Bd. 67 S. 24, Bähr daselbst S. 176, Unger, Schuldübernahme 1889, Adler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 3 S. 1.

2) Nach römischem Rechte entsprangen aus dem Vertrage zwischen dem Schuldner und dem Uebernehmer wegen Uebernahme der Schuld nur Ansprüche des Schuldners

Dies ist dann Rechtens, wenn die Schuldübernahme Bestandtheil eines Geschäftes ist, welches dem Schuldübernehmer die Werthe verschafft, aus denen nach der Verkehrsauffassung die übernommene Schuld vorzugsweise zu tilgen ist, insbesondere wenn ihm ein Vermögen übertragen wird, zu welchem die übernommenen Verbindlichkeiten gehören,[3] oder wenn er eine Sache, auf der eine hypothekarische Schuld ruht, erwirbt und zugleich die Schuld auch persönlich übernimmt.[4 5] Dem Gläubiger bleibt freilich auch in diesen Fällen sein Forderungsrecht gegen seinen ursprünglichen Schuldner. Aber er giebt dasselbe auf, wenn er aus dem Uebernahmevertrag Rechte gegenüber dem Uebernehmer geltend macht, insbesondere gegen ihn klagt, vorausgesetzt daß die Schuldübernahme im privativen Sinne geschah. Indem er die Vortheile annimmt, welche die Schuldübernahme für ihn hat, willigt er in das Geschäft, er kann es nicht theilen.[6]

Dies Alles ist aber davon abhängig, daß das Uebernahmegeschäft gegenüber dem Uebernehmer, mit dem es geschlossen wurde, rechtliche Geltung hat.[7]

---

auf Befreiung und keine Rechte des Gläubigers der zu übernehmenden Forderung. l. 2 C. de her. vel act. vend. 4, 39. Antoninus: Ratio juris postulat ut creditoribus hereditariis et legatariis seu fideicommissariis te convenire volentibus tu respondeas et cum eo, cui hereditatem venumdedisti, tu experiaris suo ordine... quamvis enim ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere actiones hereditarias invitus cogi non potest. Hatte jedoch der Gläubiger gegen den Schuldübernehmer geklagt und mit ihm die Litiskontestation, die derselbe freiwillig mit ihm vollzog, vorgenommen, so war der ursprüngliche Schuldner befreit, l. 2 C. de pactis 2, 3. Severus et Antoninus: Post venditionem hereditatis a te factam, si creditores contra emptores actiones suas movisse probare potueris eosque eas spontanea suscepisse voluntate, exceptione taciti pacti non inutiliter defenderis.

3) Ein Hauptfall ist der Erwerb eines Handelsgeschäftes mit dessen Firma, H.G.B. Art. 22. Vgl. R.G Bd. 2 S. 55, aber auch Simon, Haftung des Uebernehmers für Handelsschulden in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 24 S. 91.

4) R.G. Bd. 7 S. 131.

5) Dem Gläubiger allgemein Ansprüche auch aus solchen Verträgen wegen Schuldübernahme zu geben, die nicht Bestandtheil eines Erwerbsgeschäftes des Uebernehmers sind, trotzdem der Gläubiger an dem Vertrage keinen Theil hatte, ist nicht gerechtfertigt. Es besteht hierfür kein praktisches Bedürfniß und es ist hier ungewiß, ob die Kontrahenten dem Gläubiger aus ihrem Kontrakte unmittelbar ein Recht geben wollten.

6) Anders unsere früheren Auflagen; vgl. R.G. Bd. 19 S. 253.

7) Ob das Recht des Gläubigers von der Rechtsbeständigkeit des Vertrages zwischen Schuldner und Uebernehmer abhängig ist, ist bestritten. Regelsberger a. a. O. nimmt an, die Nichtigkeit des Vertrages entziehe dem Rechte des Gläubigers den Boden, nicht aber bloße Anfechtbarkeit, also schade ihm z. B. die exceptio doli oder die e. non adimpleti contractus nicht. Dies möchte doch kaum der Intention, in welcher die Schuldübernahme geschieht, entsprechen. Ich kaufe ein neues Haus und übernehme die darauf ruhenden Hypotheken, das Haus wird mir aufgelassen, stürzt aber, weil liederlich gebaut, zusammen. Bin ich persönlich zur Zahlung der

Der Uebernehmer übernimmt die Schuld in der Beschaffenheit, in der sie sich zur Zeit des Uebernahmevertrages befand. Daher kann er in der Regel dem Gläubiger alle Einreden entgegenstellen, die dem ursprünglichen Schuldner zur Zeit des Uebernahmevertrages zustanden.[8] Die Uebernahme kann indessen auch in dem Sinne geschehen, daß der Uebernehmer auf Einreden verzichtet.[9]

Fünfter Abschnitt.

Die Tilgung der Obligationen.

§ 54. Beendigungsgründe im Allgemeinen. Acceptilation.[1]

Die Obligationen sind dazu bestimmt, in näherer oder entfernterer Zeit durch Leistung des Geschuldeten — Zahlung — ihr Ende zu finden. Auch durch Erfüllungssurrogate können sie endigen, und zwar mit Willen des Gläubigers durch Leistung an Zahlungsstatt oder Novation, und ohne seinen Willen durch Kompensation. Auch hiervon abgesehen giebt es zahlreiche Gründe, welche sie aufheben, z. B. Verzicht des Gläubigers, Konfusion, Unmöglichkeit der Leistung.[2]

Viele Tilgungsgründe vernichten die Obligation *unmittelbar*; für solche wird der im Uebrigen vielbeutige Ausdruck der Aufhebung „ipso jure“ vorzugsweise verwendet. Andere erzeugen nur *peremptorische Exceptionen*, so daß erst in Folge ihres Vorschützens das obligatorische Band vollständig zerrissen wird.[3]

Hypothekenschulden verbunden, obgleich ich es dem Verkäufer wieder zurückgebe? Noch weiter als Regelsberger geht Gürgens a. a. O. S. 283.

8) Eine Ausnahme nimmt man bei den exceptiones personae cohaerentes an. Hinsichtlich der Einrede der Kompetenz muß man dies gelten lassen, weil sie eine höchstpersönliche Beziehung auf den Schuldner hat, dem gelassen werden soll, was er zu seinem Unterhalte bedarf.

9) Vorrechte, sowie vom Schuldner bestellte Pfandrechte erhalten sich. Auch Ansprüche gegen selbstschuldnerische Bürgen, welche die Rechtswohlthat der Vorausklage nicht haben, gehen nicht unter. Natürlich behalten solche Bürgen, wenn sie zur Zahlung genöthigt werden, ihre Regreßansprüche gegen den ursprünglichen Schuldner, für den sie intercedirten.

1) Im weiteren Sinne heißt jede Aufhebung der Obligation „solutio“, d. h. Lösung, gleich Befreiung — Liberation — des Schuldners, l. 54 D. de solutionibus l. 6, 3; im engeren Sinne versteht man darunter nur die „Erfüllung“ der Obligation, 176 D. de V. S. 50, 16.

2) Vgl. Hartmann, Obligation S. 62.

3) l. 112 D. de R. J. 50, 17, Paulus libro 8 ad edictum: Nihil interest

Neben den speciellen Gründen der Tilgung der Obligationen kannte das römische Recht eine abstrakte Tilgungserklärung des Gläubigers, welche die Obligation beendigte, ohne daß auf den Grund der Erklärung zurückgegangen wurde.

Dies war die Acceptilation,[4] ein Formalgeschäft, bei welchem der Schuldner dem Gläubiger die Frage stellte „quod ego tibi promisi, habesne acceptum?“ und der Gläubiger die zustimmende Antwort gab „habeo“.[5][6] Die Acceptilation war dazu bestimmt, reinen Tisch zu machen. Daher ließ sie keine Bedingungen oder andere Beschränkungen zu.[7] Auch war man bemüht, sie möglichst gegen Anfechtung sicher zu stellen.[8]

Die Acceptilation als Tilgung „verbis“ hatte nur Kraft gegen Verbalobligationen.[9] Denn es war ein alter Satz der römischen Jurisprudenz, daß die Form der Aufhebung der Geschäfte der Form ihrer Begründung entsprechen müsse.[10] Es ließen sich indessen Obligationen jeder Art durch Novation in Verbalobligationen verwandeln und dann

---

ipso jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, l. 66 D. eod., l. 20 § 3 D. de liberali causa 40, 12, l. 55 D. de V. S. 50, 16.

4) Vgl. über die Acceptilation: Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 309, Fitting, Korrealobligationen § 8, Erman, zur Geschichte der römischen Quittungen und Solutionsakte 1883.

5) § 1 J. quibus modis tollitur obligatio 3, 29. Andere Formeln und Stellen siehe bei Erman a. a. O. S. 32.

6) Den abstrakten Charakter der Acceptilation behauptet mit Recht Baron a. a. O. Die Acceptilation kann sich an eine Vollzahlung anschließen und ebenso gut auf der Absicht eines Erlasses der Obligation ohne Befriedigung oder in Fällen nur theilweiser Befriedigung beruhen, l. 19 § 1 D. de acceptilatione 46, 4. Die Acceptilation ist daher nicht, wie dies u. A. Arndts § 267 Anm. 1 thut, mit einem Erlaßvertrag zu identificiren, vgl. unten § 65.

7) l. 4, l. 5 D. de acceptilatione 46, 4.

8) In l. 2 und l. 3 C. de acceptilationibus 8, 43 heben Diokletian und Maximian hervor, daß nach der Acceptilation „ei, qui ex nulla causa restitui potest, omnis agendi via praecluditur“. Wenn jedoch um der ausgesprochenen Erwartung eines künftigen Ereignisses willen „acceptoferirt“ wurde, und wenn sich dieses nicht verwirklichte, wurde eine condictio zugelassen, l. 4, l. 10 D. de condictione causa data causa non secuta 12, 4, l. 9 D. praescriptis verbis 19, 5.

9) l. 19 pr. D. acceptilatione 46, 4.

10) l. 80 D. de solutionibus 46, 3. Pomponius libro 4 ad Quintum Mucium: Prout quidque contractum est, ita et solvi debet, vgl. die bei Erman a. a. O. S. 50 citirten Stellen. Siehe auch Leist, über die Wechselbeziehungen zwischen dem Rechtsbegründungs- und dem Rechtsaufhebungsakte 1876. Im alten Recht wurde demgemäß die durch nexum begründete Schuld durch einen Solutionsakt „per aes et libram“ getilgt, ebenso gleichstehende, unmittelbar vollstreckbare, s. g. Exekutivschulden; Litteralobligationen tilgten buchmäßige, Verbalkontrakte mündliche Acceptilationen. Konsensualkontrakte konnten, solange noch von keiner Seite erfüllt war, durch contrarius consensus aufgehoben werden. Gajus Inst. III § 169, § 4 J. q. m. o. t. 3, 29. In Folge des prätorischen Rechtes erzeugte übrigens bei Obligationen jeder Art ein formloses „pactum de non petendo“ des Schuldners mit dem Gläubiger eine exceptio.

durch Acceptilation tilgen. In dieser Weise konnte man alle Ansprüche beseitigen, die Jemand aus irgend einem Grunde prätendirte, indem man sie sämmtlich nach einer durch Aquilius Gallus aufgestellten Formel — stipulatio Aquiliana — novirte und dann durch Acceptilation aufhob.[11]

Die Acceptilation galt als „eingebildete Zahlung".[12] Der Schuldner wurde daher seinem Gläubiger gegenüber behandelt, wie wenn er gezahlt hätte. Aber eine vollkommene Gleichstellung von Zahlung und Acceptilation war doch nicht möglich.[13]

Im gemeinen Rechte wurde die Form der Acceptilation nicht praktisch, aber sie wurde zum Theil durch die Quittungen ersetzt.

Denn Quittungen sind im modernen Verkehre keineswegs bloß Beweismittel über empfangene Zahlungen.[14] Sie werden nicht minder regelmäßig in Fällen anderer Abfindung des Gläubigers, insbesondere auch eines Schulderlasses ausgestellt. Quittungen bilden also Anerkenntnisse des Gläubigers über die Befreiung des Schuldners.[15] Zur Entkräftung einer Quittung genügt folgerecht nicht der Beweis, daß die Schuld nicht gezahlt ist, etwa durch Zuschiebung eines Eides über diese Frage. Der Gläubiger kann sie vielmehr durch diesen Beweis nur entkräften, wenn feststeht, daß er die Quittung um einer Zahlung willen ausstellte.[16][17]

---

11) Die Formel findet sich in l. 18 § 1 D. de acceptil. 46, 4, § 2 J. q. m. t. o. 3, 29.

12) Eine „imaginaria solutio" nennt Gajus Inst. III § 169 die Acceptilation, vgl. § 1 J. q. m. t. o. 3, 29.

13) Vgl. über die Zahlungsähnlichkeit der Acceptilation Erman a. a. O. S. 67.

14) In Rom galten Quittungen — apochae, securitates — nur als Empfangsbekenntnisse für Zahlungen, l. 19 § 1 D. de acceptilatione 46, 4. Nach einer Verordnung Justinians, der l. 14 C. de non numerata pecunia 4, 30 erhielten die Quittungen erst Beweiskraft, wenn sie innerhalb 30 Tagen von der Ausstellung an nicht angefochten waren. Das Einführungsgesetz zur C.P.O. § 17 hat dies aufgehoben.

15) Bähr, Anerkennung S. 255; Urtheile des R.G. S. 27; Brinz Bd. 2 S. 291 Anm. 9. Vgl. übrigens Arndts § 267 Anm. 1 a. E. und dort Citirte.

16) In ähnlicher Weise begründet die Zurückgabe des Schuldscheins an den Schuldner, sowie die absichtliche Vernichtung oder Kassation der Schuldurkunde wohl eine Vermuthung für die „Liberation", keineswegs aber für die Zahlung oder irgend eine specielle Art der Schuldtilgung. Vgl. l. 24 D. de probationibus 22, 3; l. 14, l. 15 C. de solutionibus 8, 42. Siehe aber auch R.G. Bd. 14 S. 242.

17) Die Quittung beweist die Schuldtilgung in der Regel nur, falls sie dem Schuldner ausgehändigt ist. Aber der Schuldner, welcher sie in Händen hat, muß diese Aushändigung nicht erst beweisen, es ist vielmehr Sache des Gläubigers, darzuthun, daß die Quittung ohne seinen Willen an den Schuldner kam, wenn er dies behauptet. Denn dies ist nach dem regelmäßigen Laufe der Dinge nicht zu unterstellen.

I. Zahlung, Konkurs, Kompetenz.

§ 55. Die Zahlung.[1]

Ziel und normale Weise der Beendigung der Obligationen ist deren *Erfüllung*, d. h. die *Leistung des Geschuldeten*.

Die wissenschaftlich korrekte, aber abstrakte Bezeichnung „Erfüllung" ist dem Verkehre wenig geläufig. Man pflegt insbesondere bei *Geldschulden* von „*Zahlungen*" zu reden.[2] Es ist nicht zu umgehen, diesen volksthümlicheren Ausdruck statt des kunstmäßigen „Erfüllung" bei der Darstellung mitzugebrauchen.

Die Erfüllung ist Sache des Schuldners. Nicht selten kann er sie *einseitig* vollziehen, z. B. durch Vornahme eines aufgetragenen Geschäftes. Meist aber bedarf es zu ihrer Ausführung der *Annahme*, also der Mitwirkung des Gläubigers.

Zur richtigen Erfüllung gehört:

1. Die Leistung des Gegenstandes der Schuld *behufs ihrer Tilgung*.[3]

Anderes als das Geschuldete muß der Gläubiger *nicht nehmen*.[4] Daher kann man eine *Nichtgeldschuld* durch Angebot ihres *Geldwerthes* nicht tilgen, wenn sich der Gläubiger nicht freiwillig für die Annahme erklärt.

Ist eine Sache geschuldet, so genügt deren Ueberlieferung nicht; der Gläubiger kann vielmehr regelmäßig außerdem deren freies und unwiderrufliches Eigenthum in Anspruch nehmen, und hat in Ermangelung dessen Schadensansprüche gegen den Schuldner.[5]

---

1) Tit. Dig. de solutionibus et liberationibus 46, 3, Cod. 8, 42. Vgl. Gruchot, d. L. v. d. Zahlung der Geldschuld 1871; Römer, Beiträge z. L. v. d. Erfüllung der Obligationen, Festschrift zur 4. Säkularfeier der Universität Tübingen von Römer und Meibom 1877; Cohn in Endemanns Handbuch Bd. 3 S. 998, S. 1003; Unger in Grünhuts Zeitschrift Bd. 15 S. 529.

2) Zahlung (Zuzählung) kann zu sehr verschiedenen Zwecken geschehen, hier handelt es sich um schuldtilgende Zahlung, Unger a. a. O. S. 532.

3) Der Schuldner, welcher sich zu seiner Befreiung auf eine Geldzahlung beruft, hat daher nicht nur die Zahlung nachzuweisen, sondern nicht minder, daß sie zum Zwecke der Schuldtilgung geschah. R.O.H.G. Bd. 18 S. 260.

4) l. 2 § 1 D. de rebus creditis 12, 1 „aliud pro alio invito creditori solvi non potest".

5) l. 45 § 1 D. de leg. I., l. 27 D. h. t. 46, 3; l. 20, l. 38 § 3, l. 98 D. eod. Meist lehrt man, daß der Gläubiger bei generischen Obligationen, wenn ihm nicht Eigenthum oder nicht freies Eigenthum verschafft worden sei, Leistung einer *anderen Sache* fordern könne, doch fügt Windscheid Bd. 2 § 342 Anm. 6a hinzu, daß er auch Leistung des Interesses beanspruchen könne, das er an der Verschaffung des Eigenthums am Hingegebenen hatte. Wir müssen, wie wir meinen, noch weiter

Es ist aber nicht nöthig, daß der Gläubiger *unmittelbar* durch die Zahlung das Eigenthum erhält. Vielmehr reicht aus, daß es ihm *in Folge derselben* verschafft wird. Daher wird der Schuldner, welcher mit dem Gelde eines Dritten zahlte, befreit, falls der hiermit unbekannte Gläubiger dasselbe mit eigenen Geldstücken vermischte. Denn dieser hat es nunmehr unwiderruflich in Folge der Zahlung.[6]

Zu *Theilleistungen* ist der Schuldner nur berechtigt, wenn dies vereinbart ist, sonst darf sie der Gläubiger zurückweisen.[7] In einigen besonderen Fällen sind sie aber gestattet.[8]

2. In der Regel ist nicht bloß der Schuldner, sondern Jeder im Stande, die Erfüllung vorzunehmen und die Schuld zu tilgen.[9] Oft

---

gehen. Ist einmal die Lieferung erfolgt und angenommen, so kann *nicht* auf *neue Lieferung* geklagt werden. Sie ist ein für allemal geschehen. Liberirt ist der Schuldner freilich nicht: formell war die Klage in Rom noch immer auf „dare oportere" anzustellen. Aber sie geht nunmehr materiell auf Geldersatz wegen der ungenügenden Leistung. L. 38 § 3, l. 72 § 5 D. h. t. 46, 3, l. 29 § 3 D. de leg. III. vertragen sich hiermit durchaus.

6) l. 19 § 1 D. de rebus creditis 12, 1, l. 14 § 8, l. 17 D. h. t. 46, 3, l. 60 D. eod.

7) l. 41 § 1 D. de usuris 22, 1. Modestinus libro 3 responsorum: Lucius Titius cum centum et usuras aliquanti temporis deberet, minorem pecuniam quam debebat, obsignavit: quaero, an Titius pecuniae, quam obsignavit usuras praestare non debeat. Modestinus respondit, si non hac lege mutua pecunia data est, uti liceret et particulatim quod acceptum est exsolvere non retardari totius debiti usurarum praestationem, si, cum creditor paratus esset totum suscipere, debitor, qui in exsolutione totius cessabat, solam partem deposuit. Das Gleiche gilt von Nichtgeldschulden, z. B. Lieferung gekaufter Waaren. Vgl. über den Grundsatz übrigens Brinz Bd. 2 S. 290 Anm. 31. Eine Ausnahme macht l. 21 D. de rebus creditis 12, 1. Julianus libro 48 Digestorum: Quidam existimaverunt neque eum, qui decem peteret, cogendum quinque accipere et reliqua persequi, neque eum, qui fundum suum diceret, partem dumtaxat judicio persequi: sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites deminuere. Es sollte also der Prätor aus Billigkeit die Klage auf das Ganze denegiren und nur eine Klage auf den strittigen Theil der Forderung zulassen. Da heutzutage eine besondere Gewährung oder Verweigerung der Klage durch das Gericht nicht stattfindet, so ist die Bestimmung unanwendbar. Viele betrachten allerdings jetzt den Gläubiger als von Rechtswegen zur Annahme der Teilzahlung verpflichtet, wenn der Schuldner, auf das Ganze belangt, die Schuld theilweise zugesteht, theilweise bestreitet. Mommsen, Beiträge Bd. 3 S. 148. Doch dies ist ein von dem römischen sehr verschiedener Satz ohne innere Berechtigung.

8) Mehrere Bürgen sind — in Folge des beneficium divisionis — berechtigt, je einen Theil der Schuld zu bezahlen. Im Konkurse des Schuldners ferner müssen dessen Konkursgläubiger Zahlung annehmen. Der Acceptant eines Wechsels endlich ist nach Art. 38 der W.O. zu Theilzahlungen befugt. Solche Theilzahlungen haben jedoch erst von der Resttilgung an die volle Wirkung der Zahlung. Vgl. hierüber Goldschmidt in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 379.

9) Natürlich tritt die Tilgung der Schuld nicht ein, wenn der Dritte ein Recht auf Rückforderung des Gezahlten hat, insbesondere also dann nicht, wenn er zahlte, weil er sich irrthümlich für den Schuldner hielt, l. 38 § 2 D. h. t. 46, 3; vgl. l. 31 § 1 D. de her. pet. 5, 3, Francke, Kommentar zum Titel de hereditatis petitione

zahlen Dritte im Auftrage des Schuldners.[10] Aber auch ohne dessen Wissen, ja gegen dessen Willen können sie dessen Schuld tilgen.[11]

Der Gläubiger darf auf *persönlicher Erfüllung* durch den Schuldner bestehen, wenn Handlungen den Gegenstand der Obligation bilden, bei welchen die Persönlichkeit des Leistenden nach den besonderen Bestimmungen des Kontraktes oder den allgemeinen Anschauungen des Verkehres in das Gewicht fällt, z. B. Herstellung eines Porträts, Ertheilung von Unterricht, Gesindedienste.

3. Die Erfüllung hat an den *Gläubiger* zu geschehen.[12] Doch ist er persönlich zur Annahme nur befugt, wenn er veräußerungsfähig ist.[13] Auch darf die Forderung nicht ihm gegenüber mit Beschlag belegt sein.

Anstatt des Gläubigers sind zur Zahlungsannahme legitimirt:[14]

S. 322, Windscheid Bd. 2 § 342 Anm. 22. Ruhstrat im Archiv f. civ. Pr. Bd. 67 S. 417.

10) Häufig nimmt der Gläubiger Anweisungen oder Wechsel von seinem Schuldner *zahlungshalber* an, d. h. behufs Einziehung des Schuldbetrags von einem Dritten. Hierdurch verpflichtet er sich stillschweigend zur sorgfältigen unverzüglichen Einziehung des Schuldbetrages und verzichtet darauf, vom Schuldner selbst Zahlung beizutreiben, ehe er den Versuch gemacht hat, dieselbe von dem Dritten zu erlangen. Der Schuldner dagegen leistet Gewähr dafür, daß der Gläubiger auf diesem Wege zu seiner Befriedigung kommt, und haftet für den Schaden, der ihm in Folge des vergeblichen Versuchs erwächst. Besondere Wichtigkeit hat im modernen Verkehr der *Check* erhalten, eine Anweisung *auf ein Guthaben des Anweisenden bei einem Banquier* in der besonderen Form des Checks. Der Check dient vorzugsweise zur Schuldtilgung, kann aber auch die Erhebung von Geldsummen zu jedem anderen Zwecke bewirken.

11) l. 38 D. de neg. gest. 3, 5. Gajus libro 3 de verb. obl.: Solvendo quisque pro alio licet invito et ignorante liberat eum, l. 23, l. 40, l. 53 D. h. t. 46, 3. Vgl. übrigens oben § 43 Anm. 6.

12) Wer aus entschuldbarem Irrthum einen Nichtgläubiger für seinen Gläubiger ansieht, und ihm in Folge dessen zahlt, wird von seiner Schuld nicht befreit. Dem wahren Gläubiger kann dies nicht entgegengesetzt werden. Bei s. g. Legitimationspapieren aber wird ausgemacht, daß der Schulder an dessen Präsentanten zahlen darf, ohne zur Prüfung seiner Legitimation verbunden zu sein.

13) Soweit der Gläubiger durch eine Zahlung, die ihm während seiner Veräußerungsunfähigkeit geleistet wurde, noch zur Zeit der Klageerhebung bereichert ist, wird der Zahlende durch exceptio doli geschützt. l. 4 § 4 D. de doli mali exc. 44, 4, l. 66 D. h. t. 46, 3.

14) Wenn der Gegenstand der Zahlung, die einem zur Zahlungsannahme an sich nicht Legitimirten geleistet wurde, nachträglich an den Gläubiger kommt, so wird der Schuldner befreit, l. 61 D. h. t. 46, 3. Paulus libro 5 ad Plautium: In perpetuum quotiens id, quod tibi debeam, ad te pervenit et tibi nihil absit nec quod solutum est repeti possit, competit liberatio, vgl. l. 28 D. h. t. 46, 3. Die Schuld gilt daher namentlich als getilgt, wenn der Empfänger der Zahlung hinterher Gläubiger wird, l. 96 § 4 D. h. t., wie auch, wenn der Gläubiger ihn beerbt, l. 11 § 5 D. de pigneraticia a. 13, 7. — Streitfrage ist, ob der Schuldner durch die dem Gläubiger seines Gläubigers geleistete Zahlung befreit wird, vgl. l. 6 D. de doli mali exceptione 44, 4; Müller im Archiv für civ. Praxis Bd. 15 n. 12; Vangerow Bd. 3 § 582 Anm. 1 und dort Citirte. Unmittelbare Be-

a) Bevollmächtigte — s. g. Inkassomandatare — und gesetzliche Vertreter des Gläubigers,[15]

b) ein vertragsmäßiger Zahlungsempfänger — solutionis causa adjectus —, denen zu zahlen der Schuldner ein kontraktliches Recht hat.[16] Der Gläubiger kann ihnen die Ermächtigung zur Zahlungsannahme in der Regel nicht entziehen.[17] Er darf dies aber im Falle solcher Veränderungen, welche sie offenbar als kreditunwürdig erscheinen lassen.[18]

Die Ermächtigung des Zahlungsempfängers geht auf seine Erben nicht über.[19]

4. Wird seitens eines Schuldners mehrerer Schulden gleicher Art, insbesondere mehrerer Geldschulden, Zahlung geleistet, die nicht

---

freiung tritt, richtiger Ansicht nach, nicht ein, sondern nur mittelbare durch Kompensation in dem Falle, daß dem Schuldner gegen seinen Gläubiger wegen der Zahlung an dessen Gläubiger eine actio negotiorum gestorum oder eine andere Klage erwächst. Ueber die l. 11 § 5 D. l. de pigneraticia act. 13, 7 vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 306.

15) l. 12 D. h. t. 46, 3. Die Frage, wer zur Zahlungsannahme bevollmächtigt ist, hat große Wichtigkeit für den Verkehr. Das H.G.B. hat sie zum Theil durch Vermuthungen besonders geregelt. Dieselben sind theilweise auch für den nichthandelsrechtlichen Verkehr maßgebend, weil sie auf allgemeinen Gedanken beruhen. Wer in einem Laden, offenen Magazine oder Waarenlager angestellt ist, gilt zu Empfangnahmen als ermächtigt, die daselbst gewöhnlich geschehen. H.G.B. Art. 50. Geschäftsreisende im Dienste eines Kaufmannes dürfen die Kaufpreise aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einkassiren, H.G.B. Art. 49. Der Ueberbringer einer Quittung gilt als zur Annahme des quittirten Betrages ermächtigt, H.G.B. Art. 296, der Ueberbringer einer unquittirten Rechnung oder der Waare hat an sich diese Ermächtigung nicht, H.G.B. Art. 51. Alle gedachten Vermuthungen kommen dem nicht zu Gute, welcher weiß, daß in der That ein Inkassomandat nicht besteht, oder dies bei angemessener Sorgfalt wissen mußte. Der Vollmacht steht Genehmigung gleich, falls ein Nichtbevollmächtigter Zahlung annahm. Der Inkassomandatar erwirbt das Eigenthum des Eingenommenen dem Gläubiger direkt, begeht also durch dessen Verwendung im eigenen Interesse eine Unterschlagung. Jedoch kann er nach Vertrag oder Usance auch bloßer Summenschuldner sein. Unger a. a. O. S. 534. — Wer einem früheren Bevollmächtigten zahlt, ohne zu wissen, daß dessen Vollmacht erloschen ist, wird befreit, l. 12 § 2, l. 18, l. 32, l. 34 § 3, l. 35, l. 38 § 1, l. 51 D. h. t. 46, 3.

16) Die römische Formel war „mihi aut Sejo dare spondes", § 4 I. de inutilibus stip. 3, 19. Da nämlich einem Dritten nicht stipulirt werden konnte, war Sejus nicht Gläubiger, wohl aber galt er als solutionis causa adjectus. Vgl. Brandis im Rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. 5 n. 11.

17) l. 106 D. h. t. 46, 3. Ein Ueberrest der alten Auffassung, wonach in der Litiskontestation eine Novation des Anspruches lag, war, daß, wenn der Gläubiger mit dem Schuldner die Litiskontestation vollzogen hatte, die Zahlung an den adjectus nicht mehr zulässig war, l. 57 § 1 D. h. t. 46, 3, l. 16 pr. D. de fidejussoribus 46, 1. Dies kann nicht mehr als praktischen Rechtens gelten; anders Windscheid Bd. 2 § 342 Anm. 37.

18) l. 38 pr. D. h. t. 46, 3.

19) l. 81 pr. D. h. t. 46, 3, l. 55 D. de verb. obl. 45, 1.

für alle ausreicht, so fragt es sich, welche Schuld getilgt ist?[20] Folgende Grundsätze gelten:[21]

a) In erster Linie entscheidet die Bestimmung des Schuldners bei der Zahlung. Sie muß nicht ausdrücklich sein, kann sich vielmehr auch aus den Umständen ergeben, z. B. aus der Kongruenz der gezahlten Summe mit einer der Forderungen.

Die Bestimmung des Schuldners ist maßgebend, wenn der Gläubiger das Gezahlte annimmt, auch wenn dieser erklären sollte, auf anderes anrechnen zu wollen.[22]

b) In Ermangelung einer Bestimmung des Schuldners kann der Gläubiger dem Schuldner beim Zahlungsgeschäfte eine Anrechnung vorschlagen. Widerspricht der Schuldner nicht, so gilt dieselbe als genehmigt.[23][24]

c) Kam es beim Zahlungsgeschäfte zu keiner Bestimmung, so darf

---

20) Henrici in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 n. 10, Struckmann daselbst Bd. 15 n. 5, Cohn a. a. O. S. 1013.

21) l. 1 C. de solutionibus 8, 42, Antoninus. In potestate ejus est, qui ex pluribus contractibus pecuniam debet, tempore solutionis exprimere, in quam causam reddat. quod si debitor id non fecit, convertitur electio ad eum qui accepit. si neuter voluntatem suam expressit, prius in usuras id quod solvitur, deinde in sortem accepto feretur. Vgl. weiter l. 97 D. h. t. 46, 3, l. 1, l. 2 und l. 3 D. eod.

22) Windscheid behauptet Bd. 2 § 343 Anm. 2b: „Erklärt der Gläubiger bei der Annahme, das Geleistete auf ein anderes, als das vom Schuldner bezeichnete Forderungsrecht annehmen zu wollen, so wird keines von beiden Forderungsrechten getilgt, weder das vom Schuldner, noch das vom Gläubiger bezeichnete, und der Gläubiger ist zur Rückgabe des Empfangenen verpflichtet." Dies halte ich mit Henrici a. a O. S. 464 und Struckmann a. a. O. für unrichtig. Denn das Zahlungsgeschäft geht vom Schuldner aus. Er bedarf der Mitwirkung des Gläubigers zwar behufs des Eigenthumsüberganges: vollzieht sich derselbe aber, so ist das Geschäft in der Richtung durchgeführt, die der Schuldner ihm gegeben hat. So auch l. 2 D. h. t. 46, 3.

23) Giebt der Schuldner bei der Zahlung keine Bestimmung über die Anrechnung, und holt dies der Gläubiger sofort nach, so ist er an bestimmte gesetzliche Regeln nicht gebunden. Dies ergiebt die Natur der Sache, denn der Schuldner kann noch widersprechen und hierdurch der Anrechnung des Gläubigers entgegentreten. Thut er dies aber nicht, so ist Einverständniß über dieselbe vorhanden. Dies ist auch die Auffassung der l. 1 C. cit. und der l. 97 D. h. t. 46, 3, denn hiernach sollen die gesetzlichen Vorschriften über die Imputation nur eintreten, „utriusque demonstratione cessante". Dennoch lehrt man meist anderes nach l. 1 D. h. t. 46, 3. Aber diese Stelle ist verdorben. Es sind die in den Schlußsatz eingefügten Worte: dummodo sic constituamus, ut in re sua constitueret, wie mir Übbelohde mit Recht bemerkt, ein eingeschobenes Glossem oder eine ungeschickte, unüberlegte Interpolation. Nur unter dieser Annahme gewinnt die l. 1 und l. 3 Zusammenhang und Sinn. Jedenfalls sind die klaren Aussprüche der anderen Stellen entscheidend.

24) Ein hierher gehöriger Fall ist, wenn der Gläubiger in der Quittung eine bestimmte Schuld als getilgt bezeichnet und der Schuldner diese Quittung vorbehaltlos annimmt. Anders wenn Ueberrumpelung des Schuldners vorliegt.

sie der Gläubiger nachholen, aber nur so, wie sie ein ordentlicher und seine Interessen im Auge behaltender Schuldner getroffen hätte.

Hiernach sind Zinsen vor dem Kapital zu berichtigen.[25]

Ferner ist auf die fällige vor der nichtfälligen,[26] dann auf die dem Schuldner beschwerlichere Schuld vor der ihm leichteren anzurechnen.[27]

Hiervon abgesehen ist die ältere vor der jüngeren Schuld zu tilgen.

Wenn dies Alles nicht in Frage kommt, sind die mehreren Schulden im Verhältnisse der Summen antheilig zu berichtigen.[28]

Treibt der Gläubiger selbst die Schuld bei, so hat er freie Hand bei der Anrechnung und darf seine Interessen ohne Rücksicht auf den Schuldner wahren.[29]

5. Mit der Zahlung erlischt das Schuldverhältniß. Hat sie der Gläubiger vorbehaltlos angenommen, so liegt ihm der Beweis nachträglich behaupteter Unvollständigkeit oder Mangelhaftigkeit der Zahlung ob.[30]

Dem Zahlenden ist auf sein Verlangen Zug um Zug mit der Zahlung Quittung zu leisten, natürlich auf seine Kosten.[31] Andernfalls darf er die Zahlung zurückhalten. Wurde ohne Quittung gezahlt, so kann der Schuldner auf deren Ertheilung klagen.[32] Auch die Schuldverschreibung ist ihm zurückzugewähren.[33]

§ 56. Konkurs.[1]

In besonderer Art erfolgt die Befriedigung der Forderungen im Falle des Konkurses des Gemeinschuldners.

---

25) l. 1 C. cit., l. 5 § 2, l. 48 D. h. t. 46, 3.

26) l. 3 § 1, l. 103 D. h. t. 46, 3.

27) l. 97, l. 4, l. 5 pr., l. 94 § 3 D. h. t. 46, 3.

28) l. 8 D. h. t. 46, 3.

29) Siehe jedoch l. 101 § 1 D. h. t. 46, 3. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 211.

30) Dies gilt z. B. von einem Manko in Geldrollen.

31) Vgl. Unger a. a. O. S. 539.

32) Ein Recht auf Quittung läßt sich aus den Quellen des römischen Rechtes nicht darthun; anders Windscheid Bd. 2 § 344 Anm. 8 und dort Citirte. Es steht jedenfalls gewohnheitsrechtlich fest.

33) l. 2 C. de cond. ex lege 4, 9.

1) Nur die allgemeinsten Grundzüge des Konkursrechtes können hier Raum finden. Für das Einzelne verweise ich auf mein preußisches Privatrecht Bd. 2 §§ 111 ff. Hauptquelle ist nunmehr die deutsche Konkursordnung, welche am 1. Oktober 1879 mit den übrigen Reichsjustizgesetzen in Kraft trat. Vgl. Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts 1891 und dort Citirte.

Konkurs ist ein der Gesammtheit der Gläubiger eröffnetes Verfahren, in welchem sie aus dem Vermögen des Gemeinschuldners verhältnißmäßig befriedigt werden.

Nach römischem Rechte waren die Konkursgründe vorzugsweise Flucht des Schuldners, um sich der Klage zu entziehen — fraudationis causa latitatio —, sowie Abtretung seines Vermögens — cessio bonorum — durch den Schuldner an seine Gläubiger behufs konkursmäßiger Behandlung desselben, ferner erbloses Versterben des Schuldners, endlich auch Nichtbefriedigung eines Judikates.

Das altrömische ordentliche Verfahren war derart, daß zuvörderst die Gläubiger in das Vermögen des Schuldners eingewiesen wurden — missio in bona — und daß nach der Besitznahme die Gesammtmasse an einen bonorum emtor verkauft wurde, welcher als Kaufpreis den Konkursgläubigern die Zahlung gewisser Procente ihrer Forderungen versprach. Die Feststellung dieser Forderungen geschah außerhalb des Konkurses dem bonorum emtor gegenüber, ebenso war die Veräußerung der von ihm erstandenen Masse seine Sache.[2] Statt der b. emtio konnte dem Schuldner durch die Mehrheit der Gläubiger Liquidation seines Vermögens durch Kuratoren bewilligt werden, welche dasselbe im Einzelnen versilberten und aus dem Erlöse die Gläubiger verhältnißmäßig befriedigten. Schließlich wurde die b. e. durch dies Verfahren völlig verdrängt.[3]

Nach gemeinem Rechte war Konkursgrund die Ueberschuldung des Gemeinschuldners, nach der K.O. ist es in der Regel Zahlungsunfähigkeit desselben, die sich vorzugsweise in der Zahlungseinstellung ausspricht.[4]

a) Ueberschuldung ist vorhanden, wenn die Passiven die Aktiven des Vermögens übersteigen.

b) Zahlungsunfähigkeit ist eingetreten, wenn der Schuldner nicht im Stande ist, seine fälligen Schulden, deren Einforderung geschah oder unmittelbar zu erwarten ist, zur Zeit zu zahlen.

Auch Ueberschuldete können noch zahlungsfähig sein, wenn sie z. B. durch weitere Inanspruchnahme von Kredit im Stande sind, ihren präsenten Verbindlichkeiten gerecht zu werden.

Zahlungseinstellung ist die öffentliche Erklärung der Zahlungsunfähigkeit. Sie liegt unter Anderem in Schließung des Handels-

2) Gajus Inst. III §§ 77 ff., IV §§ 145, 146. Dernburg, bonorum emtio 1850; Keller, Civilprozeß §§ 84 und 85; Bethmann-Hollweg, Civilprozeß Bd. 2 S. 667.

3) Tit. Dig. de curatore bonis dando 42, 7.

4) K.O. §§ 94 ff.

geschäfts wegen Mittellosigkeit, in Nichthonorirung liquider, laufender Forderungen, insbesondere aus Wechseln.

Nach der K.O. sind die wichtigsten Sätze des Konkursrechtes folgende. Der Konkurs wird auf Antrag eines Gläubigers oder des Schuldners durch gerichtlichen Beschluß eröffnet, damit tritt Beschlagnahme des Vermögens, welches dem Schuldner im Momente der Konkurseröffnung gehört, zu Gunsten der Gläubiger desselben ein; Verfügungen des Gemeinschuldners über dieses Vermögen sind in Folge derselben zu Gunsten der Konkursgläubiger nichtig. Kein Konkursgläubiger kann noch weitere Einzelexekution in das Vermögen betreiben oder Vorrechte an demselben erwerben.[5]

Die Verwaltung des Vermögens geht mit der Konkurseröffnung auf den Konkursverwalter über, welcher den Schuldner vertritt. Er hat die Masse zu Gelde zu machen.

Folgende Kategorien von Berechtigten kommen in Betracht.

a) Die Aussonderungsberechtigten — Vindikanten — fordern aus der Masse mit dinglichen oder auch persönlichen Klagen heraus, was ihnen zu eigen ist, sowie was der Gemeinschuldner in ihrem Namen besaß.

b) Die Absonderungsberechtigten — Separatisten — verfolgen besondere Befriedigung aus den Objekten, die ihnen verpfändet sind oder an denen sie pfandartige Befugnisse haben.[6]

c) Die Massegläubiger erhalten aus der Masse vorweg Befriedigung. Masseforderungen sind theils die Kosten des Konkursverfahrens und der Verwaltung — Massekosten —, theils durch die Verwaltung sonst entstandene Ansprüche — Masseschulden im engeren Sinne.[7]

d) Konkursforderungen endlich sind alle Ansprüche an den Gemeinschuldner, welche im gemeinsamen Konkursverfahren geltend gemacht werden können.

Liberalitäten des Gemeinschuldners, ferner Geldstrafen, endlich nach der Konkurseröffnung verfallene Zinsen der Konkursforderungen

---

5) K.O. §§ 5 ff.

6) Nach dem bis zum 1. Oktober 1879 bestehenden gemeinrechtlichen Konkursprozesse waren auch die Pfandgläubiger genöthigt, ihre Befriedigung im Konkurse zu suchen. Man unterschied in Folge dessen 5 Klassen von Konkursgläubigern: 1 die absolut privilegirten Gläubiger, welche selbst den Pfandrechten vorgingen, 2. die privilegirten Pfandgläubiger, 3. die einfachen Pfandgläubiger, 4. chirographarische Gläubiger, welche ein Vorzugsrecht — privilegium exigendi — vor den einfachen chirographarischen Gläubigern hatten, und endlich 5 die gewöhnlichen chirographarischen Gläubiger, welche aus der Masse verhältnißmäßig befriedigt wurden.

7) Ueber die Massegläubiger vgl. K.O. §§ 50 ff.

sind von der Befriedigung aus der Konkursmasse ausgeschlossen, bilden also keine Konkursforderungen.

Die Konkursforderungen sind behufs ihrer Tilgung aus der Masse als präsente Geldforderungen anzusetzen, auch wenn sie noch nicht fällig sind oder auf andere Leistungen als Geld gehen.[8]

Sie werden aus der Masse nach Verhältnissen befriedigt durch die s. g. Konkursdividende.

Ein Vorrecht — privilegium exigendi — haben folgende Konkursforderungen in nachstehender Reihenfolge.[9]

1. Bezüge aus Gesinde- und Dienstverträgen, welche aus dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung rückständig sind.

2. Staatliche und kommunale Abgaben aus dem letzten Jahre.

3. In gleicher Weise Abgaben an Kirchen und gewisse öffentliche Verbände.

4. Medicinalkosten des letzten Jahres.

5. Die Ansprüche der Kinder des Gemeinschuldners und seiner Mündel wegen ihres gesetzlich seiner Verwaltung unterstellten Vermögens.

Die Beendigung des Konkurses geschieht durch Schlußvertheilung der Masse, oder durch Akkord mit dem Gemeinschuldner.

§ 57. Die Rechtswohlthat der Kompetenz.

In gewissen Fällen hat der Schuldner die Rechtswohlthat der Kompetenz, d. h. es sind ihm bei Beitreibung der Forderung die Mittel zu einer eingeschränkten, standesmäßigen Existenz zu belassen.[1]

Diese Rechtswohlthat bezweckte ursprünglich nur Schutz gegen Personalexekution. Dies ergiebt ihre römische Bezeichnung als condemnatio „in quantum facere potest debitor", d. h. Beschränkung der Verurtheilung auf den Betrag des Vermögens des Schuldners. Ebenso geht aus den Erörterungen der römischen Juristen hervor, daß

8) K.O. § 58. Ueber die Berechnung des Interusuriums bei zinslosen betagten Forderungen siehe oben § 35 Anm. 4.

9) Siehe K.O. § 54. Die römischen privilegia exigendi behandelt eingehend Bangerow Bd. 3 § 594.

1) Altmann, das b. competentiae. Berliner Inauguraldissertation 1888. Die moderne Bezeichnung der Rechtswohlthat „beneficium competentiae", also „in id, quod competit", d. h. was der Schuldner hat, ist nichts weniger als elegant. Andere Benennungen haben jedoch keine allgemeine Anerkennung gefunden, Unterholzner, Schuldverhältnisse, spricht Bd. 1 S. 380 von „Verurtheilung auf das Erschwingliche", Windscheid Bd. 2 S. 267 von der „Rechtswohlthat des Nothbedarfes".

man erst in der Kaiserzeit nach und nach auch Rückhaltung von Vermögensmitteln verstattete.[2]

Zunächst geschah dies zu Gunsten des Schenkers, welcher von dem Geschenknehmer verklagt wurde. Seit Justinian ließ man eine solche Rückhaltung in allen Fällen der Rechtswohlthat zu.[3] Nachdem derzeit die Personalexekution vollständig beseitigt ist, kommt nur noch diese zweite, dem Institute ursprünglich fremde Seite in Betracht.

Die Kompetenz ist *Exekutionsprivileg*,[4] sie mindert die Schuld nicht, hemmt vielmehr nur deren Beitreibung, um den Schuldner vor Noth zu schützen.[5] Im Falle einer etwaigen Vollzahlung kann daher nichts zurückgefordert werden.

Kommt der Schuldner in bessere Verhältnisse, so hat er nachzuzahlen.[6]

2) Daß es sich um zwei Beneficien handelt, haben Schömann, Handbuch II S. 63 und Vangerow Bd. 1 § 174 bemerkt. Aber nicht richtig ist es, wenn dieselben zwischen einem Kondemnationsbeneficium und einem Exekutionsbeneficium unterscheiden. Das erste und ursprüngliche soll darin bestanden haben, daß der Schuldner nur bis zum Belaufe seines Vermögens zur Zeit der *Kondemnation* verurtheilt wurde und daß für den Rest völlige Befreiung eintrat, das zweite darin, daß auf den begünstigten Schuldner auch bei der *Exekution* die billige Rücksicht zu nehmen war, daß ihm die nothwendigen Subsistenzmittel gelassen werden mußten. — Es hat vielmehr eine doppelte, in keinem inneren Zusammenhange stehende Erweiterung der Rechtswohlthat stattgefunden. Die eine liegt darin, daß ursprünglich das beneficium im Urtheil *vorbehalten* werden mußte, während man es später noch in der Exekutionsinstanz vorschützen durfte, l. 41 § 2 D. de re judicata 42, 1, l. 17 § 2 D. soluto matrimonio 24, 3, l. 5 pr. D. quod cum eo 14, 5. Die andere ist, daß ursprünglich dem Schuldner nur die persönliche Freiheit blieb, während er sein gesammtes Vermögen an den Gläubiger herausgeben mußte, und daß er später auch Subsistenzmittel zurückbehalten durfte. Vgl. unten Anm. 3.

3) Zuerst findet sich, daß Pomponius — l. 30 D. de re judicata 42, 1 — dem Schenker „aliquid sufficiens" beläßt. Denselben Gedanken vertheidigt Paulus libro 6 ad Plautium l. 19 § 1 D. eod.: Is quoque, qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnatur et quidem is solus deducto aere alieno: et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa: immo nec totum, quod habet, extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat. Offenbar handelt es sich in den letzten beiden Sätzen — et puto — um einen Rechtssatz, der eine allgemeine Anerkennung noch nicht hatte und an sich dem Institute fremd war. Vgl. weiter l. 6 D. de cessione bonorum 42, 3. Daß zur Zeit der klassischen Juristen die Rechtswohlthat noch nicht *allgemein* zur Rückhaltung von Vermögen berechtigte, geht auf das Deutlichste daraus hervor, daß Justinian den bezüglichen Satz in seine Sammlung durch *Interpolation* einfügte, indem er in der l. 173 pr. D. de R. J. 50, 17, was Paulus bloß für die Schenkung ausgesprochen hatte, auf alle Fälle der Kompetenz erweiterte.

4) l. 8 D. de condictione indebiti 12, 6. Paulus libro 6 ad Sabinum: Quod nomine mariti, qui solvendo non sit, alius mulieri solvisset, repetere non potest: adeo *debitum* esset (*est*) mulieri. Demgemäß ist für die Kompetenz das örtliche Recht des Proceßgerichts maßgebend, nicht das Recht, welchem die Schuld als solche unterliegt. Anders aber Kohler in Grünhuts Ztschrift. Bd. 14 S. 24.

5) Meist nimmt man an, daß der Schuldner nur das „Nothdürftige" zurückhalten dürfe. Aber die Anm. 3 citirten Stellen geben ihm ein weitergehendes Recht „aliquid sufficiens", „ne egeat".

6) l. 63 D. pro socio 17, 2, l. 8 C. soluto matrimonio 5, 18, l. un. C. de rei uxoriae act. toll. 5, 13. In Folge der Klagenkonsumtion bedurfte es jedoch

Die Kompetenz kann gegenüber der Klage vorgeschützt werden und ist dann im Urtheil vorzubehalten.[7] Sie kann aber auch noch in der Exekutionsinstanz geltend gemacht werden.[8] Verzicht für die Zukunft ist unzulässig.[9][10]

Die Kompetenz haben:[11]

1. Ascendenten gegen ihre Descendenten,
2. Ehegatten gegeneinander,
3. Soldaten,
4. frühere Hauskinder wegen Schulden aus der Zeit der väterlichen Gewalt nach richterlichem Ermessen und nicht allzu lange nach der Beendigung der Gewalt,[12]
5. Gesellschafter gegenüber der actio pro socio nach richterlichem Ermessen,[13]
6. wegen der Dos Beklagte in zahlreichen Fällen,
7. der aus einem Schenkungsversprechen Belangte.[14]

Während den übrigen Berechtigten die Kompetenz nur aus ihrem Bruttovermögen zukommt, steht sie dem Schenker aus seinem Nettovermögen, d. h. derart zu, daß er von dem Aktivvermögen, welches nach

---

in Rom einer cautio — nuda repromissio —, vermöge deren der Schuldner, welcher mit dem Vorbehalt der Kompetenz verurtheilt wurde, Nachzahlung für den Fall künftiger Verbesserung seines Vermögens versprach. Dies ist nicht praktischen Rechtens.

7) Für die Bemessung der Kompetenz ist die Zeit des Urtheils maßgebend, l. 15 pr. D. soluto matrimonio 24, 3; l. 53 D. eod. Dies hat die Bedeutung, daß den Schuldner die Gefahr trifft, wenn er nicht sofort Alles, was er schuldig ist, berichtigt, und sich sein Vermögen hinterher zufällig mindert.

8) Siehe oben Anm. 2. C.P.O. § 686 bezieht sich nicht auf Exekutionsprivilegien. Anders Windscheid Bd. 2 § 268 Anm 6a.

9) Viele sind anderer Meinung. Aber Verzicht auf Exekutionsprivilegien, die im allgemeinen Interesse aufgestellt werden, ist überhaupt unstatthaft. Für einen besonderen Fall spricht die Unzulässigkeit des Verzichtes auf die Kompetenz aus l. 14 § 1 D. soluto matrimonio 24, 3.

10) Gegenüber Ansprüchen aus Dolus greift die Rechtswohlthat nicht ein, l. 4 § 2 D. quod cum eo 14, 5, l. 52 D. de re jud. 42, 1; l. 21 § 6. D. de a. r. a. 25, 2.

11) Die Hauptfälle führt auf: l. 16 — l. 25 D. de re judicata 42, 1; vgl. auch § 38 I. de act. 4, 6.

12) l. 2 D. quod cum eo 14, 5.

13) l. 22 § 1 D. de re judicata 41, 1. Das Edikt war nur für die socii omnium bonorum erlassen, l. 16 D. re jud. Die societas omnium bonorum war überhaupt die Gesellschaftsform, für die zunächst der Prätor sein Edikt bestimmte, vgl. Lenel, edictum S. 237. Analog wurde das beneficium auch bei anderen Gesellschaftern je nach Umständen gewährt. Nichts Anderes will wohl l. 63 pr. D. pro socio 17, 2 besagen. Vgl. Altmann S. 31.

14) Das beneficium competentiae stand in Rom auch dem Gemeinschuldner zu, welcher eine cessio bonorum vorgenommen hatte. Das ist jedenfalls in Folge der Konkursordnung antiquirt. Ueber l. ult. C. de revoc. donat. 7, 75 ist die Erklärung von Lenel, edictum S. 348 zu vergleichen.

Abrechnung seiner übrigen Schulden bleibt, das zu seinem Unterhalt Nöthige zurückhalten darf.[15]

II. Erfüllungssurrogate.

§ 58. Leistung an Zahlungsstatt.[1]

Unter Einwilligung des Gläubigers kann die Schuld *statt durch das Schuldobjekt durch andere Werthe erfüllt werden.* Dies ist *Leistung an Zahlungsstatt*, s. g. datio in solutum.[2]

Sie tilgt die Obligation wie Zahlung ipso jure. Denn der Gläubiger ist befriedigt und damit der Zweck der Obligation erreicht.[3 4]

Wie aber, wenn dem Gläubiger das in Zahlung Gegebene in Folge des besseren Rechtes eines Dritten *evincirt* wird? Hierüber finden sich zwei Antworten in den Quellen.

Nach der einen ist dem Empfänger dann wie einem Käufer sein *Interesse am Behalten des Hingegebenen* zu vergüten.[5]

---

15) Ein Fall der Kompetenz, den die C.P.O. § 749 unter 3 feststellt, stammt aus dem preußischen Rechte. Es ist bestritten, ob die römischen Bestimmungen über Kompetenz durch die C.P.O. als proceßrechtliche Normen beseitigt sind. So mein Preuß. Privatrecht Bd. 2 § 110 Anm. 5. Die meisten Schriftsteller haben sich jedoch mit den Motiven zur C.P.O. S. 410 für deren Fortbestand erklärt, vgl. Altmann a. a. O. S. 84, Kohler in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 23. Auch die Praxis wendet sie als geltend an.

1) Römer, die Leistung an Zahlungsstatt 1866. Cohn in Endemanns Handb. Bd. 3 S. 1075. Unger in Grünhuts Zeitschr. Bd. 15 S. 540. R. Ernst, mangelhafte Beschaffenheit der Leistung an Erfüllungsstatt. Zürich 1890.

2) „An Zahlungsstatt" ist die Leistung nur, wenn sie aus der *Absicht der Schuldtilgung* hervorging. Anders, wenn der Schuldner seinem Gläubiger verkauft, um den Kaufgegenstand zu verwerthen und zugleich mit ihm Aufrechnung des Kaufpreises auf seine Schuld vereinbart. In diesem Fall kann, wenn sich hinterher die Nichtexistenz der Schuld ergiebt, der vermeinte Schuldner nicht die Waare kondiciren, wie das bei einer Hingabe an Zahlungsstatt der Fall wäre, vielmehr nur den Kaufpreis fordern. Vgl. Ernst a. a. O.

3) Es bestand ein Schulstreit zwischen den Sabinianern, welche in Folge der datio in solutum Tilgung ipso jure annahmen, und den Prokulianern, die nur Befreiung durch exceptio doli anerkannten; Gajus Inst. III. § 168. Die Ansicht der Sabinianer erhielt bereits in der heidnischen Kaiserzeit das Uebergewicht — vgl. Römer a. a. O. S. 64 — und wurde von Justinian aufgenommen pr. I. q. m. o. t. 3, 29.

4) Das zur Befriedigung für eine vermeinte Schuld an Zahlungsstatt Gegebene ist auf Grund der condictio indebiti zurückzuerstatten. Entsprechend verhält es sich, wenn zur Tilgung einer vermeintlich größeren Schuld, als wirklich bestand, eine Species an Zahlungsstatt gegeben wird. Sie kann ganz zurückgefordert werden, jedoch nur gegen Angebot des Geschuldeten, l. 26 § 4 D. de condictione indebiti 12, 6.

5) l. 4 C. de evictionibus 8, 44. Antoninus: Si praedium tibi pro soluto datum aliis creditoribus fuerat obligatum causa pignoris mutata non est. igitur si hoc jure fuerit evictum, utilis tibi actio contra debitorem competit. *nam ejusmodi contractus vicem venditionis obtinet.* a. 212. Davon, daß der Evincirte die ursprüngliche Forderung wieder geltend machen könne, ist hier

Nach der anderen gilt die ursprüngliche Forderung für den Fall der Eviktion als fortbestehend und kann gegen den Schuldner, wie gegen dessen Bürgen und Pfänder wieder geltend gemacht werden.[6]

Diese Entscheidungen sind grundsätzlich unvereinbar. Denn die letztere ruht auf der Anschauung, daß die Tilgung der alten Obligation bedingt sei dadurch, daß der Gläubiger die in solutum gegebene Sache behalten kann, die erstere geht davon aus, daß die alte Obligation unbedingt getilgt ist und eventuell ihr Aequivalent in dem Anspruche auf die Leistung des Interesses wegen Eviktion hat.

Da sich aber beide Entscheidungen neben einander in den justinianischen Sammlungen finden, vereinigt man sie meist dadurch, daß man dem Gläubiger die Wahl giebt, den einen oder den anderen Anspruch geltend zu machen.[7]

Der Empfänger hat auch Ansprüche wegen versprochener Eigenschaften und verborgener Mängel des Angegebenen wie ein Käufer.[8]

§ 59. Novation und Delegation.[1]

Novation ist Aufhebung einer Forderung durch Begründung einer neuen auf dasselbe Ziel gerichteten.

nichts zu lesen. Es stünde auch nicht im Einklange mit der Gleichstellung von datio in solutum und Kauf. Vgl. l. 24 pr. D. de pigneraticia act. 13, 7.

6) l. 46 pr. D. de solut. 46, 3. Marcianus libro 3 regularum: Si quis aliam rem pro alia volenti solverit et evicta fuerit res, manet pristina obligatio, etsi pro parte fuerit evicta, tamen pro solido obligatio durat: nam non accepisset re integra creditor, nisi pro solido ejus fieret, vgl. l. 60 D. eod. Leicht möglich, daß in l. 8 C. de sententiis et interlocutionibus 7, 45 — wie Brinz Bd. 2 S. 336 annimmt — sogar noch ein dritter Weg in's Auge gefaßt ist.

7) Ueber die Versuche, die Antinomie auszugleichen, vgl. Römer a. a. O. S. 387 ff. Die herrschende Ansicht ist eine äußerliche, wenig befriedigende Vermittelung. Das Richtige ist, dem früheren Gläubiger nur einen Anspruch wegen Eviktion zu verstatten. Denn er hat die Forderung gegen die an Zahlungsstatt gemachte Leistung definitiv, keineswegs bedingt aufgegeben. Die Wiederherstellung von Schuldverhältnissen, welche die Betheiligten ohne Vorbehalt aufhoben, ist weder aus ihrem Willen zu begründen, noch zweckmäßig. Sie bedingt auch das Recht, Bürgen und Pfänder wieder in Anspruch zu nehmen, was den Verkehrsbedürfnissen nicht entspricht. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 247; Unger a. a. O. S. 543.

8) Ernst a. a. O. — In der nov. 4 cap. 3 führte Justinian das s. g. beneficium dationis in solutum ein. Gemäß desselben konnte der zahlungsunfähige Schuldner einer Geldsumme, welcher für seine Grundstücke keine annehmbaren Käufer fand, seine Gläubiger nöthigen, seine Grundstücke nach ihrem Taxwerthe in Zahlung zu nehmen, wobei jedoch dem Gläubiger die Auswahl unter den verschiedenen Grundstücken des Schuldners verblieb. Vgl. noch nov. 120 cap. 6 § 2. Die Bestimmung hat jede praktische Bedeutung verloren, seit der Gläubiger die Eröffnung des Konkurses über seinen Schuldner im Falle der Zahlungsunfähigkeit desselben nach der K.O. fordern kann, da in dem Konkurse auch die Immobilien des Schuldners zur Tilgung seiner Schulden veräußert werden. Damit entgeht der Gläubiger der zwangsweisen datio in solutum. Vgl. übrigens Einführungsgesetz zur K.O. § 4.

1) Tit. Dig. de novationibus et delegationibus 46, 2. Cod. 8, 41. Haupt-

Man streitet darüber, ob die Novation als eine Umwandlung oder als eine Neuschöpfung aufzufassen sei. Vom wirthschaftlichen Standpunkte aus handelt es sich um Umwandlung. Das einmal begründete Kreditverhältniß wird in veränderter Form fortgesetzt; die Vermögenspost bleibt dieselbe. Aber juristisch liegt Tilgung der bisherigen Obligation durch eine neue vor, die an deren Stelle tritt.[2 3]

Die Veränderung kann darin liegen, daß die neue Obligation von anderer Art ist, als die alte, insbesondere von strengerer Verbindungskraft; z. B. im Falle des Ersatzes einer Kaufgelderschuld durch eine Stipulationsschuld, heutzutage durch eine Wechselverpflichtung. Es ist ferner möglich, daß das Objekt der Schuld, während der Werth als identisch gilt, umgewandelt wird, z. B. durch das Versprechen von Geld statt Waare;[4] es kann sich endlich um eine Veränderung der Subjekte der Obligation, sei es des Gläubigers oder des Schuldners handeln.[5]

Die Novation unter Veränderung der Subjekte der

---

werke sind: Fein, Beiträge z. L. v. d. Novation und Delegation 1850; Salpius, Novation und Delegation 1864; Salkowski z. L. v. d. Novation 1866; Gide, études sur la novation et le transport des créances en droit romain 1879. Siehe auch Hruza, d. L. v. d. Novation 1881; dort finden sich ausgiebige Litteraturnachweise; vgl. ferner Kuntze, die Obligation 1886 S. 125, Unger a. a. O. S. 554.

2) Die Römer legen bei Definition der Novation das Hauptgewicht auf die Umwandelung. So l. 1 pr. D. h. t. 46, 2. Ulpianus libro 46 ad Sabinum: Novatio est prioris debiti in aliam obligationem vel civilem vel naturalem transfusio atque translatio. Vgl. auch die bei Hruza S. 8 citirten Stellen, in welchen von „transferre“ und „transire“ die Rede ist. In der That ist es ein wesentliches Moment der Novation, daß es sich um eine Fortsetzung des einmal begründeten Kreditverhältnisses handelt. Ungenügend ist daher die Definition der Novation „als Aufhebung eines Forderungsrechtes durch Begründung eines neuen“, und unzutreffend ist es, wenn Windscheid Bd. 2 § 353 Anm. 3a lehrt, daß das durch die Novation geschaffene Forderungsrecht nicht bloß der Erscheinungsform, sondern auch der Substanz nach ein anderes sei. Von diesem Standpunkt aus müßte es auch Novation sein, wenn an Stelle eines Pachtvertrages ein Kaufgeschäft über das Pachtgut gesetzt, oder ein Depositum in ein Kommodat umgewandelt würde. Und doch ist dies nicht der Fall, weil es sich in derartigen Fällen um ein Kreditverhältniß von anderer Substanz als das alte handelt.

3) Die Novation ist der datio in solutum dadurch verwandt, daß es sich bei beiden Instituten um Tilgung einer Obligation durch Aequivalente unter Zustimmung des Gläubigers handelt. Aber die datio in solutum hat die Bestimmung, das Kreditverhältniß endgültig aufzulösen, die Novation, dasselbe in anderer Form fortzusetzen. Dies hat praktische Konsequenzen. Wird z. B. eine Spielschuld durch Angabe an Zahlungsstatt getilgt, so besteht die Anfechtbarkeit nicht mehr, so wenig wie im Fall der Zahlung. Wird sie dagegen, wenn auch durch einen Wechsel, novirt, so bleibt die neue Forderung als aus einem Spiel erwachsen anfechtbar.

4) Das ältere römische Recht forderte zur Novation vollständige Identität der Schuldgegenstände in beiden Obligationen, Gide a. a. O. S. 117, Hruza S. 9. Die spätere Jurisprudenz nahm es hiermit nicht mehr so genau, l. 28 D. h. t. 46, 2, l. 10 C. si certum pet. 4, 2.

5) Windscheid § 353 Anm. 6a nimmt Novation auch an, wenn sich die neue Obligation durch „nichts“ von der früheren unterscheidet. Vgl. hiergegen Gaj. Inst. III. § 187, § 8 I. q. m. t. o. 3, 29, Salpius a. a. O. S. 176, Gide S. 81.

Obligation gründet sich überwiegend auf eine Delegation — Ueberweisung.[6]

Sie ist Ueberweisung der Forderung oder der Schuld.[7]

a) Eine Novation zu Gunsten eines neuen Gläubigers ist nicht möglich ohne Delegation des bisherigen Gläubigers — s. g. Forderungsüberweisung, aktive Delegation, delegatio nominis. Sie geschieht derart, daß der bisherige Gläubiger — der Delegant — Jemandem — dem Delegatar — seinen Schuldner — den Delegaten — überweist und daß dieser auf Grund der Ueberweisung dem Delegatar verspricht, was er bisher dem Deleganten schuldete.

Häufig ist der Grund der Ueberweisung, daß der Delegant der Schuldner des Delegatars ist und die Delegation zum Zwecke der Tilgung dieser seiner Schuld vornimmt.

Die Rechte des Delegatars gegen den Delegaten sind aber unabhängig davon, ob der Grund, welcher den Deleganten zur Delegation bestimmte, ein stichhaltiger war oder nicht, ob er z. B. auf der irrthümlichen Annahme beruhte, daß er dem Delegatar schulde.[8]

Dagegen kann sich der Delegat gegenüber dem Delegatar darauf berufen, daß er dem Deleganten nichts schuldete, wenn er im Irrthum hierüber dem Delegatar, was er dem Deleganten schuldete, versprach.[9]

---

6) Vgl. Erich Danz, die delegatio nominis und debiti in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 n. 3 und Forderungsüberweisung, Schuldüberweisung 1886; siehe ferner Eisele in der Festschrift für Planck 1887, Unger in Iherings Jahrb. Bd. 26 n. 8 und Danz im Archiv f. civ. Praxis Bd. 74 n. 7.

7) Vom letzteren Fall spricht l. 11 pr. D. h. t. Ulpianus libro 27 ad edictum: Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit. Das heißt: „Delegation ist es, wenn man seinem Gläubiger oder einem von diesem aufgegebenen Dritten statt seiner einen Schuldner überweist"; denn zu „jusserit" ist „creditor" hinzuzudenken. So mit Recht Goldschmidt in der Zeitschrift der Savignystiftung r. Abth. Bd. 10 S. 387. Doch ist es allzu kühn, wenn Goldschmidt hierauf gestützt „Schuldverschreibungen an Order oder Inhaber mit alternativer Inhaberklausel" bereits im römischen Rechte finden will. Derartige Bildungen des deutschen und modernen Rechtes gezwungenerweise aus den römischen Quellen herauszulesen, heißt die Eigenthümlichkeiten des römischen Geistes und den Fortschritt in der Geschichte der Menschheit verkennen.

8) l. 21 § 1 D. de donationibus 39, 5.

9) Mit Salpius a. a. O. ist eine titulirte und eine reine Delegation zu unterscheiden. a) Bei der titulirten Delegation verspricht der Delegat dem Delegatar, was er dem Deleganten schuldete. Ihre Form ergiebt sich unter Anderem aus l. 27 D. h. t. 46, 2: Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit: „quidquid ex vendito dare facere oportet." Es liegt auf der Hand, daß im Falle der titulirten Delegation der Delegat dem Delegatar alle Einreden aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse entgegenstellen kann. Denn nur die Person des Gläubigers ist geändert, der Inhalt der Schuld dagegen in keiner Weise berührt. b) Eine reine Delegation ist vorhanden, wenn der Delegat dem Delegatar gegenüber eine reine Summenschuld übernimmt und keineswegs

b) Die Novation durch Eintritt eines neuen Schuldners pflegt man Expromission zu nennen.[10]

Sie kann ohne Wissen, ja gegen den Willen des bisherigen Schuldners geschehen.[11] Meist aber gründet sie sich auf eine Ueberweisung des bisherigen Schuldners — Schuldüberweisung, passive Delegation, delegatio debiti.

Hier ist also der bisherige Schuldner der Delegant, der Gläubiger ist der Delegatar, der neue Schuldner der Delegat. Meist ist der Delegat der Schuldner des Deleganten und soll als solcher durch die Uebernahme der Schuld des Deleganten liberirt werden.

Der Delegat kann im Falle der Schuldüberweisung aus seinem Verhältnisse gegen den Deleganten dem Delegatar keine Einreden entgegenstellen.[12]

Diejenigen Einreden, die der Delegant gegen den Delegatar hatte, kann auch der Delegat geltend machen, sofern er nur an Stelle des Deleganten in dessen Schuld eintreten sollte und nicht abstrakt ein unbedingtes Schuldversprechen leistete.

§ 60. Erfordernisse und Wirkung der Novation.

Die Novation setzt voraus:

1. Eine ältere Obligation, welche aufgehoben werden soll; dieselbe muß nicht nothwendig klagbar sein, eine naturale genügt;[1]

---

bloß verspricht, was er dem Deleganten schuldete. Erfolgt eine solche Delegation, wie dies heutzutage dadurch geschehen kann, daß sich der Delegat, welcher dem Deleganten Kaufgelder schuldete, dem Delegatar wechselmäßig verpflichtet, so kann der Delegat dem Delegatar keine Einreden aus dem Schuldverhältnisse gegen den Deleganten entgegenstellen. Salpius ging — mit vielen Anderen — davon aus, daß sich auch im römischen Rechte reine Delegationen gefunden hätten. Auf solche bezieht er die l. 19 D. h. t. 46, 2. Danz a. a. O. hat aber aus guten Gründen behauptet, daß in Rom reine Delegationen nicht bekannt gewesen seien. Er bezieht die l. 19 auf eine „delegatio debiti"; wohl mit Recht. Hiervon ist die Frage unabhängig, ob im heutigen Rechte „reine Delegationen" bestehen, was bejaht werden muß.

10) Die Römer verwerthen den Ausdruck Expromission in noch weiterem Umfange, vgl. Windscheid § 353 Anm. 8 und dort citirte Stellen.

11) l. 8 § 5 D. h. t. 46, 2.

12) l. 19 D. h. t. 46, 2, vgl. oben Anm. 9 a. E., l. 4 § 20 D. de doli mali exceptione 44, 4; l. 12 D. h. t. 46, 2.

1) l. 1 § 1 D. h. t. 46, 2. Ulpianus libro 46 ad Sabinum: Illud non interest, qualis processit obligatio, utrum naturalis an civilis an honoraria, et utrum verbis an re an consensu: qualiscumque igitur obligatio sit, quae praecessit, novari verbis potest, dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat aut naturaliter: ut puta si pupillus sine tutoris auctoritate promiserit. l. 2 D. eod.

auch durch Exception entkräftbare oder sonst anfechtbare Obligationen sind novirbar.

2. Eine neue Obligation.[2] Dem Zwecke der Novation können nur Verträge dienen, die nicht an einen bestimmten anderen Zweck gebunden sind, z. B. nicht Kaufgeschäfte.

In Rom geschah die Novation durch Stipulationen, welche dem Novationszwecke wie jedem anderen offen standen.[3]

Verträge des heutigen Rechtes, welche der Novation dienen, sind vorzugsweise die abstrakten, also namentlich Abrechnungsgeschäfte, sowie andere Anerkennungsverträge. Nicht selten kleidet sich die Novation auch in die Form, daß der Schuldner das Schuldobjekt als Darlehen behalten solle, z. B. geschuldete Kaufgelder. Auch Wechsel können der Novation dienen.

Hat die novirende Obligation rechtlichen Bestand, wenn die vorausgesetzte frühere Obligation in Wahrheit nicht existirte?

---

2) Die Tilgung der älteren Obligation ist davon abhängig, daß aus der Novationsstipulation eine neue Obligation entspringt, daß also die beabsichtigte Obligation nicht schlechthin nichtig ist. Aber eine naturale Obligation genügt; ferner eine durch peremptorische Exception entkräftbare. Vgl. l. 91 D. de solutionibus 46, 3. Von den Umständen des Falles hängt es ab, ob und wie weit der Gläubiger, welcher durch eine derartige Novation seine Ansprüche verliert, Recht auf Ersatz oder Wiederherstellung hat. Eine betagte Obligation novirt die alte sofort, eine bedingte nur für den Fall des Eintrittes ihrer Bedingung, l. 8 § 1 D. h. t. 46, 2. Immerhin kann die alte Obligation während des Obschwebens der Bedingung der neuen nicht geltend gemacht werden. Denn ihr steht die Einrede entgegen, daß vereinbart sei, die Einziehung der Forderung bis zur Entscheidung der Bedingung der neuen Obligation in der Schwebe zu lassen. So l. 36 D. de rebus creditis 12, 1; l. 80 und l. 83 D. de jure dotium 23, 3. In Folge dessen steht der Sache nach die alte Obligation nunmehr einer bedingten gleich, sie ist so zu beurtheilen, wie wenn sie von dem Gegentheil der Bedingung der neuen Obligation abhängig wäre. Sie wäre z. B. im Konkurse des Schuldners wie eine bedingte Forderung zu behandeln. Hiervon geht die Anfrage an den Juristen Javolenus in der citirten l. 36 D. de rebus creditis 12, 1 aus: „cum pendente condicione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tamquam sub contrariam condicionem eam mihi spopondisti, si pendente condicione petam, an nihil acturus sum? Manche drücken dies zu scharf aus und lehren, die alte Obligation „werde" zur bedingten, statt daß sie sagen sollten, sie „stehe einer bedingten gleich". Man hat auch dies zur Streitfrage gemacht; ein praktischer Unterschied ist nicht zu finden. — Die ältere Obligation bleibt in dem Falle bestehen, daß die Bedingung der neuen ausfällt, weil es dann an einer novirenden Obligation fehlt. Indessen kann auch die Absicht gewesen sein, daß die alte Obligation für alle Fälle abgethan sein soll. Darin liegt ein bedingter Erlaß der Forderung — pactum de non petendo — welcher natürlich zu respektiren ist, l. 8 § 1, l. 14 pr., l. 24 D. h. t. 46, 2. Gajus Inst. III. § 179. Vgl. Kniep, Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation 1860, und Römer, die bedingte Novation 1863, Ray, Einfluß bedingter Novation, München 1891.

3) Auch der Litteralkontrakt konnte in der vorjustinianischen Zeit zur Novation dienen, Gajus Inst. III. § 128 und § 130. Anderer Ansicht ist Gide a. a. O. S. 216.

In Rom galt die Novationsſtipulation in der Regel als bedingt durch die Exiſtenz der früheren Obligation, die ihre Grundlage war.[4]

Für die abſtrakten novatoriſchen Verträge des heutigen Rechtes gilt dies nicht. Vielmehr unterliegen ſie nur einer Anfechtung, wenn die Exiſtenz einer älteren Forderung bei ihrer Eingehung irrthümlich vorausgeſetzt war.[5]

3. Es wird endlich erfordert, die Abſicht zu noviren — animus novandi — d. h. die alte Obligation durch die Begründung der neuen aufzuheben.

Dieſe Abſicht wird nicht, wie bis Juſtinian geſchah, vermuthet, wenn eine zweite Obligation bezüglich deſſelben Schuldgegenſtandes in das Leben gerufen wird.[6] Sie muß aus dem Novationsvertrage be-

4) Daß die Exiſtenz der früheren Obligation in der Regel bedingend für das Zuſtandekommen der novirenden Obligation in Rom war, darauf weiſen ſchon die allgemeinen Ausſprüche der römiſchen Juriſten, vgl. l. 1 und l. 2 D. h. t. 46, 2. Insbeſondere ergiebt es ſich aber aus der Behandlung der Novation bedingter Obligationen. Denn das Zuſtandekommen der neuen Obligation wird verneint, wenn die Bedingung der alten ausfällt. Dies offenbar, weil die alte Obligation, welche novirt werden ſollte, in dieſem Falle nicht beſteht. Die Verſuche mancher Schriftſteller, z. B. Bähr, Anerkennung S. 49, und Römer, bedingte Novation S. 34, dies als eine ganz iſolirte Erſcheinung aufzufaſſen, ſind ſicher nicht gelungen. Bedenkt man, daß jede, auch geringfügige Veränderung der Obligation in Rom eine Novation forderte, ſo wird es begreiflich, daß man die Veränderung nicht zur Kraft kommen ließ, wo nichts beſtand, was zu verändern war. Immerhin war auch in Rom wohl möglich, die neue Obligation in dem Sinne zu begründen, daß ſie von der Exiſtenz der alten unabhängig ſein ſolle. Nur mußte eine derartige Abſicht beſonders erhellen, l. 21 und l. 25 D. de verb. obl. 45, 1.

5) Die Novation des heutigen Rechtes bezweckt ſtets, das Schuldverhältniß auf eine neue Baſis zu ſtellen. Die neue Obligation iſt daher nicht abhängig von der Exiſtenz der alten; ſie kann höchſtens bei Ermangelung derſelben wegen Irrthums oder Betruges oder ähnlicher Gründe angefochten werden. Dies iſt insbeſondere klar, wenn die Novation auf Grund einer Abrechnung geſchieht, und iſt vollends zweifellos, wenn ſie durch Uebernahme einer Wechſelverbindlichkeit bewirkt wird.

6) Urſprünglich trat die Novation in Rom ein, ohne daß es auf einen beſonderen „animus novandi“ der Betheiligten ankam. Es genügte, daß es ſich um dieſelbe Vermögenspoſt handelte. Mit Recht führen Salpius a. a. O. S. 131, Gide S. 163 aus, daß die Novation eine außerprozeſſualiſche Konſumtion bildete. Dies, um Doppeleintreibungen derſelben Vermögenspoſt unmöglich zu machen. Vgl. l. 18 D. de verb. obl. 45, 1. Pomponius libro 10 ad Sabinum: Qui bis idem promittit, ipso jure amplius quam semel non tenetur. Daher weiß noch Gajus in ſeinen Inſtitutionen III. § 176, die hier wie ſo oft die ältere Rechtstheorie wiedergeben, nichts von dem animus novandi. Erſt in der Kaiſerzeit bildete ſich der Satz heraus, daß zur Novation die auf die Aufhebung der alten Obligation gerichtete Abſicht der Betheiligten gehöre — der animus novandi. Man unterſtellte denſelben jedoch, wenn es ſich in den beiden Obligationen um daſſelbe Schuldverhältniß handelte. Der ältere Gegenſatz war nur „duplari“ oder „fieri novationem“; nunmehr war als dritte Möglichkeit hinzugetreten „uterque tenetur, sed altero solvente alter liberatur“. Vgl. l. 8 § 5 D. h. t. 46, 2. Ueber den animus novandi in der klaſſiſchen Zeit ſpricht ſich u. A. aus l. 31 D. h, t. 46, 2 — Venulejus — l. 2, l. 8 §§ 1 und 5, l. 28, l. 30 D. eod. 46, 2, l. 58 D. de verb. obl. 45, 1. Siehe auch Salkowski a. a. O. S. 224. Entgegengeſetzte Auffaſſungen vertheidigt Windſcheid Bd. 2 § 354 Anm. 12.

ſonders erhellen.[7] Sonſt beſtehen zwei Obligationen nebeneinander, die auf daſſelbe Ziel gerichtet ſind. Aber ausdrücklich muß die Novationsabſicht nicht erklärt ſein.[8 9]

Die Novation hebt die zu Grunde liegende Obligation ipso jure auf.

§ 61. Deffentliche Depoſition.[1]

Durch öffentliche Depoſition des Schuldgegenſtandes kann ſich der Schuldner befreien, falls der Zahlung, zu der er an ſich berechtigt iſt, von der Gläubigerſeite Hinderniſſe entgegentreten. Dieſe Hinderniſſe ſind vorzugsweiſe folgende:

a) Der Gläubiger will die Zahlung nicht nehmen, ſei es ſchuldhafterweiſe,[2] ſei es aus vermeinten Gründen, oder er kann ſie nicht

---

7) Juſtinian verordnete in der l. 8 C. h. t. 8, 41 pr. Novationum nocentia corrigentes volumina et veteris juris ambiguitates resecantes sancimus, si quis .. aliquid fecerit, ex quo veteres juris conditores introducebant novationes, nihil penitus priori cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint § 1. Et generaliter definimus voluntate solum esse, non lege novandum. etsi non verbis exprimatur, ut sine novatione, quod solito vocabulo ἀνοβατεύτως dicunt causa procedat: hoc enim naturalibus inesse rebus volumus et non verbis extrinsecus supervenire. — Der Sinn dieſer Verordnung iſt in hohem Grade beſtritten. Viele verlangen, daß die Abſicht der Novation mit beſonderen Worten erklärt werde, was im praktiſchen Leben gewiß nur ſelten geſchieht. Richtiger Anſicht nach wollte Juſtinian nur die Vermuthungen für die Novation, welche das alte Recht feſtgehalten hatte, aufheben: die Novationsabſicht muß zu Tage getreten ſein. Dies iſt der Grundgedanke der Verordnung. Wenn Juſtinian ihm in einigen Wendungen einen zu ſcharfen Ausdruck giebt, ſo darf hierauf kein übertriebenes Gewicht gelegt werden. Zahlreiche Meinungsäußerungen über die Kontroverſe ſtellt zuſammen Vangerow Bd. 3 § 619 S. 367, ſiehe auch R.G. Bd. 14 S. 210.

8) Ueber die Novation durch Wechſel vgl. Hellmann, die novatoriſchen Funktionen der Wechſelbegebung 1874, Römer, Abhandlungen S. 78. In der Regel übermacht der Schuldner ſeinem Gläubiger Wechſel zahlungshalber, vgl. oben § 55 Anm. 10. Dann geht die urſprüngliche Forderung nicht durch die Uebermachung der Wechſel, ſondern erſt durch die Einziehung der Wechſelſumme unter. Daher kann der Gläubiger auf die urſprüngliche Forderung eventuell zurückgreifen, nämlich dann, wenn er aus dem Wechſel keine Befriedigung erlangt, und zwar ohne daß ihm hierbei eine Schuld zur Laſt fällt. — Eine Novation durch die Uebernahme der Wechſelverpflichtung tritt ein, wenn der Wechſel in der Abſicht einer ſofortigen und endgültigen Begleichung der alten Schuld angenommen wurde.

9) In l. 10 D. h. t. 22, 2 ſpricht Paulus libro 11 ad Sabinum die Regel aus: „cui recte solvitur, is etiam novare potest“. Dies iſt aber, wie er ſelbſt bemerkt, nicht richtig für den solutionis causa adjectus; es iſt ebenſowenig zutreffend für Andere, welche vom Gläubiger bloß zur Annahme der Zahlung ermächtigt wurden.

1) Ulrich, die Depoſition und Dereliktion behufs Befreiung des Schuldners 1877, Czylharz, gerichtliche Depoſition in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 6. S. 657.

2) Von dem Falle des Verzuges geht die l. 19 C. de usuris 4, 32 — die ſ. g. lex depositionis — aus.

nehmen, weil er abweſend[3] oder veräußerungsunfähig und unvertreten iſt, oder weil die Schuld mit Beſchlag belegt wurde.

b) Der Gläubiger iſt *ungewiß*,[4] ſei es daß *in der Schwebe* iſt, wem die Forderung zugehört, ſei es daß beim Schuldner begründete *Zweifel* über die Perſon des Berechtigten beſtehen.[5]

Geld, andere Mobilien und auch Immobilien können in ſolchen Fällen deponirt oder ſequeſtrirt werden.[6 7]

Die Depoſition muß an der Hinterlegungsſtelle des Bezirks geſchehen, in welchem der Erfüllungsort liegt.

Der Gläubiger iſt befugt, das zu ſeinen Gunſten Deponirte von der Hinterlegungsſtelle abzuheben, wenn ſeine Legitimation von dem, welchen es angeht, anerkannt[8] oder wenn ſie ihm gegenüber rechtskräftig feſtgeſtellt iſt.[9]

So lange der Gläubiger den Willen nicht erklärt hat, ſich aus dem Depoſitum zu befriedigen, iſt der Schuldner noch zu deſſen Rücknahme

---

3) Vgl. l. 47 § 2 D. de fideicommissariis libertatibus 40, 5, l. 4 pr. D. de statuliberis 40, 7; Ulrich a. a. O. S. 14.

4) l. 18 § 1 D. de usuris 22, 1; l. 1 § 36 D. depositi 16, 3; vgl. l. 11 § 3 D. locati 19, 2.

5) Berückſichtigung übertriebener Aengſtlichkeit des Schuldners, wie ſie in der Entſcheidung des R.O.H.G. Bd. 10 S. 431 lag, iſt eine Härte gegen den Gläubiger, welche Kühne in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 1 ff. — vgl. auch Jeß ebendaſelbſt Bd. 17 S. 158 — mit Recht mißbilligt. Aber Kühne geht ſeinerſeits zu weit, wenn er eine bloß ſubjektive Ungewißheit des Schuldners wegen der juriſtiſchen Zweifelhaftigkeit des Falles nicht beachtet wiſſen will.

6) Häufig behauptet man, daß die Depoſition nur bei Forderungen auf bewegliche Sachen, nicht aber auf Immobilien zuläſſig ſei. So Windſcheid Bd. 2 § 347, Kohler in Iherings Jahrbüchern Bd. 17 S. 344. Hiergegen ſpricht ſich mit Recht Ulrich a. a. O. S. 27 aus. Warum ſollte dem Schuldner eines Immobile die Möglichkeit fehlen, ſich durch Ueberlaſſung des Schuldobjektes an einen Sequeſter zu liberiren! —

7) Die Depoſition erfolgte in Rom „in publico“, und zwar in Tempeln oder öffentlichen Verwahrungsſtellen — horrea — oder auch bei Wechslern. Ulrich a. a. O. S. 33. In Deutſchland geſchah ſie früher ausſchließlich bei den *Gerichten*; heutzutage erfolgt die Depoſition von Geld meiſt bei *adminiſtrativen Hinterlegungsſtellen des Staates*. Das Eigenthum geht hierbei auf den Staat über; es entſteht ein depositum irregulare; es werden aber ſ. g. Depoſitalzinſen vergütet, die freilich meiſt nur von geringer Höhe ſind.

8) In der Regel genügt die Anerkennung des Gläubigers durch den *Schuldner*. Deponirt der Schuldner wegen des Annahmeverzugs eines von ihm bei der Hinterlegung bezeichneten Gläubigers, ſo erkennt er dieſen ſchon damit als zur Erhebung des Hinterlegten legitimirt an. Ganz anders, wenn der Schuldner gegenüber mehreren Forderungsprätendenten gemäß C.P.O. § 72 deponirt hat; dann bedarf es der Anerkennung der *konkurrirenden Prätendenten*.

9) Die l. 19 C. de usuris 4, 32 von Diokletianus und Maximianus beſtimmt im § 4: Creditori scilicet actione utili ad exactionem earum non adversus debitorem, nisi forte eas receperit, sed vel contra depositarium vel ipsas competente pecunias. Ueber die verſchiedenen Auffaſſungen dieſer actio utilis vgl. Ulrich a. a. O. S. 41. Die Klage iſt dadurch begründet, daß der Schuldner die Depoſition zu Gunſten des Gläubigers vornahm — vgl. oben § 18 — was nicht unvereinbar damit iſt, daß er zugleich ſein Intereſſe wahrte.

berechtigt.[10] Erfolgt dieſe, ſo wird die Forderung gegen ihn wieder wirkſam. Sie war alſo nur durch Exception gehemmt, ſo lange die Depoſition dauerte.[11]

§ 62. Kompenſation.[1] Geſchichtliche Entwickelung.

Kompenſation iſt Tilgung von Gegenforderungen durch Aufrechnung.[2]

Die Kompenſation vollzieht ſich entweder mittels Vertrages, ſo daß ſich beide Theile durch Abrechnung für befriedigt erklären,[3] oder durch einſeitige Erklärung eines der Betheiligten.

Die Kompenſation iſt nicht, wie man häufig behauptet, eine Unterart der Zahlung;[4] denn der Gläubiger erhält durch ſie das Schuldobjekt nicht. Aber ſie erſetzt den Effekt gegenſeitiger Zahlung. Um deswillen entſpricht ſie der Zweckmäßigkeit und der Billigkeit.[5]

---

10) Das Recht des Schuldners, die deponirte Summe zurückzunehmen, wenn er einem Gläubiger gegenüber deponirt, der ſie nicht annehmen will, iſt in der Sache begründet und wird namentlich in der oben Anm. 9 abgedruckten l. 19 bezeugt. Dieſe Rücknahme ſteht folgerecht auch der Konkursmaſſe des Deponenten zu. Dagegen dürfte ſie ausgeſchloſſen ſein, wenn der Schuldner gegenüber mehreren Gläubigern, welche ſich um die Forderung ſtreiten, deponirte, wie namentlich im Falle des § 72 der C.P.O. Denn hier haben ſich die Forderungsprätendenten indirekt bereit erklärt, das Deponirte anzunehmen.

11) Die l. 9 C. de solutionibus 8, 42 ſpricht von einer „liberatio“ im Falle der „obsignatio“ der geſchuldeten Geldſummen. Hiernach wollen die meiſten Schriftſteller der Depoſition ſchlechthin tilgende Kraft beimeſſen. Vgl. aber Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 581, Ulrich a. a. O. S. 64. Tilgung ipso jure iſt mit dem Rechte der Zurücknahme des Depoſitums unvereinbar, und unter Liberation kann auch Befreiung durch Exception verſtanden ſein.

1) Tit. Dig. de compensationibus 16, 2, Cod. 4, 31. Brinz, die L. von der Kompenſation 1849 und in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 n. 2 — 1857. Dernburg, Geſchichte und Theorie der Kompenſation 1. Aufl. 1854, 2. Aufl. 1868, dort ſiehe S. 5 die Litteratur bis 1868. Seitdem erſchien Schwanert, die Kompenſation nach römiſchem Rechte 1870 und Eiſele, die Kompenſation 1876, ferner Stampe, das Kompenſationsverfahren im vorjuſtinianiſchen stricti juris judicium 1886.

2) Modestinus libro 6 pandectarum. l. 1 D. h. t. 16, 2: Compensatio est debiti et crediti inter se contributio.

3) Ueber den Kompenſationsvertrag vgl. Dernburg a. a. O. § 71, Eiſele S. 229, Römer, Abhandlungen S. 92. Hauptſtellen ſind l. 4 D. qui pot. 20, 4, l. 47 § 1 D. de pactis 2, 14. Die Aufhebung der Forderungen durch Kompenſationsvertrag iſt eine gegenſeitig bedingte. Exiſtirt daher die eine der Forderungen nicht, oder wird ſie durch den Kompenſationsvertrag nicht aufgehoben, weil ihrem Gläubiger die Legitimation zur Verfügung über ſie fehlt, ſo beſteht die ihr gegenüber zur Kompenſation geſtellte Forderung fort.

4) Nicht ſelten definirt man die Kompenſation geradezu nach dem Vorgange von Noodt ad Dig. h. t. — opera Tom. II — als „mutua solutio juris interpretatione quasi per brevem manum facta“. Vgl. hierüber Dernburg a. a. O. § 42.

5) L. 8 pr. D. de doli mali exceptione 44, 4, Paulus libro 6 ad Plautium: Dolo facit, qui petit quod redditurus est.

Dem älteren Rechte freilich war die einseitige Kompensation im Allgemeinen fremd.[6] Nur in einigen besonderen, wichtigen Fällen wurde auf einseitigen Antrag Kompensation im Prozeß vollzogen.

a) Die Bankiers — argentarii — erhielten gegen ihre Geschäftsfreunde nur Klagen cum compensatione, d. h. auf den Ueberschuß ihrer Forderungen über deren Schulden aus den Geschäften mit ihnen. Der Wechsler, welcher den Abzug der Gegenforderungen nicht voll vornahm, verlor Prozeß und Anspruch.

b) Der emtor bonorum mußte sich bei Einklagung der Ausstände, welche zu der von ihm erstandenen Konkursmasse gehörten, Aufrechnung — deductio — der Gegenforderungen der Konkursgläubiger an den Gemeinschuldner gefallen lassen. Dies ohne Unterschied, ob es sich um gleichartige und um fällige Gegenforderungen handelte oder nicht. Die Konkursgläubiger sollten also nicht genöthigt sein, was sie ihrerseits dem Gemeinschuldner schuldeten, voll zu zahlen und sich anderseits für ihre Gegenforderungen an denselben mit den vom bonorum emptor versprochenen Prozenten zu begnügen.

Seit Ende der Republik nahm man an, daß es auch in anderen Fällen dem Richter freistehe, Kompensation vorzunehmen. Zunächst war dies der Fall bei den bonae fidei judicia, wenn Gegenforderungen aus demselben Geschäfte geltend gemacht wurden, dann auch bei den stricti juris judicia im Falle der Vorschützung einer exceptio doli.

Es war dies eine Freiheit des Richters, von der er nach Befinden Gebrauch machen konnte oder auch nicht.[7]

Aber Mark Aurel schrieb vor, daß dem Richter in strictis judiciis

---

6) Ueber die Geschichte der Kompensation bis Mark Aurel vgl. Gaj. Inst. IV. §§ 61 ff. Hierzu Dernburg a. a. O. § 5. Ueber Eisele S. 3 ff. siehe unten Anm. 7.

7) Meiner Darstellung der Geschichte der Kompensation — S. 67 ff. — liegt der Gedanke zu Grunde, daß die Kompensation, von den Specialfällen des argentarius und bonorum emtor abgesehen, ursprünglich auf dem freien Ermessen der Privatrichter beruhte, so daß sie sich erst im Laufe der klassischen Kaiserzeit zum festen Rechte gestaltete. Dieser Grundgedanke hat seitdem eine bedeutungsvolle Bestätigung erhalten durch Studemunds Entzifferung des früher nur unvollständig lesbaren § 63 von Gaj. Inst. IV: Liberum est tamen judici nullam omnino invicem compensationis rationem habere: nec enim aperte formulae verbis praecipitur, sed quia id bonae fidei judiciis conveniens videtur, ideo officio ejus contineri creditur. Eisele a. a. O. S. 144 freilich verkündet: „Daß abgesehen von den singulären Kompensationen gegenüber dem argentarius und dem bonorum emtor die Kompensation erst unter Mark Aurel ein Rechtsinstitut geworden sei und vorher Alles im Belieben des Richters gestanden habe, ist schon von Haus aus höchst unwahrscheinlich und durch die Ergebnisse der im ersten Kapitel geführten Untersuchungen hinlänglich widerlegt." Es wird jedoch gerathen sein, dem Berichte von Gajus über das Recht seiner Zeit mehr Gewicht beizulegen, als den Untersuchungen Eiseles.

obliege, im Falle der Einfügung einer exceptio doli mit den vom Beklagten vorgeſchützten Gegenforderungen zu kompenſiren.[8]

Fortan beruhte die Kompenſation nicht mehr auf der „Libertät" des Richters, ſondern auf einer „*Rechtsregel*". Dies drückt die ſprüchwörtliche Redensart aus, die ſich bildete „ipso jure compensari".[9]

In der Vorſchützung der Kompenſation liegt eine *Exception*. Denn es handelt ſich um ein *Gegenrecht*, welches dem Beklagten zuſteht und deſſen Verwirklichung dadurch bedingt iſt, daß er ſeinerſeits es geltend macht.[10]

Kaum irgendwo tritt alſo der Charakter eines Einwandes als einer exceptio ſo beſtimmt hervor als bei der Kompenſationseinrede.

Es iſt eine eigenthümliche Verkettung, daß dies ſeit der Gloſſatorenzeit beharrlich verkannt wurde. Denn Viele nahmen an, daß ſich die Gegenforderungen mit ihrem Gegenübertreten ohne Weiteres, alſo sine facto hominis, und in dieſem Sinne ipso jure aufzehrten.[11] Andere erklärten wenigſtens, daß die Gegenforderungen ſich für den Fall ihres *Vorſchützens* bereits *mit ihrem Gegenübertreten* aufhöben, alſo „von ſelbſt", aber doch nur in Folge „einer Anrufung".[12]

---

8) § 30 I. de action. 4, 6 fährt, nachdem der Kompenſation in den bonae fidei judicia gedacht iſt, fort: sed et in strictis judiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. Die Kompenſation wurde ſeitdem auch in strictis judiciis der Art durchgeführt, daß der Richter die Gegenforderungen auf die Klagſumme aufrechnete und dem Kläger um ſo viel weniger zuſprach, vgl. unter anderen l. 22 pr. D. de exceptionibus 44, 1 und des weiteren meine Kompenſation §§ 23 ff. Durch Eiſele a. a. O. iſt meine Ausführung nach meiner Anſicht in keiner Weiſe widerlegt. Doch will ich nicht noch einmal darauf eingehen. Ich verweiſe vielmehr insbeſondere bezüglich der sententiae von Paulus II. 5 § 3, welche Stelle bei Eiſele eine Hauptrolle ſpielt, auf Stampe a. a. O. S. 74 und insbeſondere S. 94.

9) Die Stellen, welche das „ipso jure compensari" enthalten, ſind: § 30 I. de actionibus 4, 6; l. 4, l. 10 pr., l. 21 D. de compensationibus 16, 2, l. 4, l. 14 C. eod. 4, 31.

10) l. 2 D. h. t. 16, 2. Julianus libro 90 Digestorum: Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem petentem summovet, si paratus est compensare.

11) Der Gloſſator Martinus verneinte, daß menſchliche Thätigkeit zur Aufhebung der Gegenforderungen nothwendig ſei. Wie die Konfuſion ohne Weiteres eintrete, wenn Debitor und Kreditor zu einer Perſon würden, ſo erfolge Aufhebung der Gegenforderung, wenn der Schuldner Gläubiger ſeines Gläubigers werde. Vgl. Dernburg, Kompenſation S. 284. Siehe dort auch, wie die Lehre des Martinus bis in die neuere Zeit hinein Anhänger gefunden hat.

12) Die Anſicht des Gloſſators Azo war, daß die Kompenſation von einer der Parteien vorgeſchützt werden müſſe, worauf ſie als von ſelbſt mit der Koexiſtenz der Gegenforderungen eingetreten zu betrachten ſei. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 284. Die neuere deutſche Wiſſenſchaft ſteht im Grunde noch immer überwiegend auf dem Standpunkte des Azo. Siehe Dernburg a. a. O. S. 288 Anm. 1. Doch in den

Erst die Erkenntniß der historischen Entwickelung machte es möglich, solche scholastische Vorstellungen zu überwinden. Sie ergiebt, daß „ipso jure compensari“ nur bedeutet: der Richter kompensirt in Folge Rechtssatzes und nicht nach freiem Befinden.[18] [14]

§ 63. Voraussetzungen der Kompensation.

Aufrechenbar — kompensabel — werden Forderungen unter folgenden Voraussetzungen:

1. Sie müssen gegenseitig sein, so daß der Gläubiger der einen Schuldner der anderen Obligation ist.[1]

Quellen ist von einem fingirten „ipso jure compensari“ nicht die Rede. Unbedingt und unbeschränkt wird das Rechtsaxiom ausgesprochen. Es ist willkürlich, dasselbe in ein fingirtes ipso jure zu verwandeln. Dernburg a. a. O. S. 299, Vangerow Bd. 3 § 618 Anm. 1 S. 361.

13) Dernburg, Kompensation S. 310. Diesen Ansichten schließt sich an Vangerow a. a. O. Anm. 1 S. 362; vgl. auch Lenel, Ursprung und Wirkung der Exceptionen 1876 S. 139.

14) Brinz in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 n. 2 erklärt „ipso jure compensari“ dahin, daß die Forderungen von selbst, d. h. sine facto hominis „gegenseitig aufgewogen werden“, mit nichten aber, daß damit auch die Forderungen von selbst „getilgt“ seien. So gewinnt er den Lehrsatz: „wenn zwei Forderungen sich gegenüber stehen, tritt das Kompensationsrecht von selbst ein“. Windscheid Bd. 2 § 349 ist nicht minder der Ansicht, der Satz bedeute, die Kompensationseinrede trete von Rechtswegen ein, sie werde nicht erst durch Thätigkeit des Schuldners geschaffen, wenn er sich auf sie beruft. Dies ist aber bei jeder Exception der Fall, warum es also für die Kompensationseinrede besonders hervorzuheben? Hierauf erwiedert freilich Windscheid, „die Veranlassung liege darin, daß bei der Kompensation der Entschluß des Schuldners, sie geltend zu machen, eine viel größere Rolle spiele als bei anderen Einreden, weil die Geltendmachung der Einrede dem Schuldner etwas koste, also der Schein entstehen könnte, als wenn durch das vom Schuldner gebrachte Opfer die Einrede erst erzeugt würde.“ Dies ist aber schwerlich ausreichend. Auch bei vielen anderen Einreden wird etwas aufgegeben, z. B. der Anspruch des Käufers auf die Waare, wenn er sich der Klage auf den Kaufpreis gegenüber auf deren Mangelhaftigkeit beruft und deren Rückgabe anbietet. Doch Niemand hielt es für nöthig, auszusprechen, daß dieses Einrederecht von Rechtswegen bestehe, ehe man sich auf dasselbe beruft. Daß man sich beim Vorschützen von Einreden auf ihr Vorhandensein stützt und sie nicht erst durch die Geltendmachung erschafft, liegt doch auf der Hand. — Praktische Verschiedenheiten bestehen übrigens zwischen der Ansicht von Brinz und Windscheid und der von mir und Vangerow vertretenen nicht. Die verschiedenen Ansichten über das ipso jure compensari stellt zusammen Windscheid a. a. O. Anm. 10.

1) l. 9 C. h. t. Gordianus: Ejus quod non ei debetur qui convenitur, sed alii compensatio fieri non potest. In der l. 18 D. h. t. 16, 2 erklärt Papinianus libro 3 responsorum: Creditor compensare non cogitur quod alii quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare. Doch dies hing mit der unvollkommenen Entwickelung der Cession zur Zeit Papinians zusammen. Im heutigen Rechte genügt zur Abtretung von Forderungen der auf die Uebereignung gerichtete Wille, und ein solcher ist in der Ueberlassung derselben zur Kompensation zu finden. Siehe Dernburg a. a. O. S. 388 und dort Citirte. Eisele verwirft umgekehrt auf Grund des Ausspruches Papinians auch eine ausdrückliche Cession, wenn sie den Zweck hat, daß

2. Nur rechtsbeständige und durch peremptorische Exception nicht entkräftbare Forderungen sind aufrechenbar.[2] Natürliche Forderungen können genügen.[3]

3. Auch Gleichartigkeit der Gegenforderungen wird vorausgesetzt. Daher sind vorzugsweise aufrechenbar Forderungen auf Geld oder andere Fungibilien.[4]

Werden ursprünglich ungleichartige Forderungen nachträglich gleichartig, so tritt ihre Kompensabilität ein.[5]

4. Die Gegenforderungen müssen endlich fällig sein.[6]

Vom Momente der Kompensabilität an erhalten beide Theile das Recht auf Aufrechnung, also die Einrede der Kompensation.

Es giebt Fälle, in denen Dritte die einem Anderen erworbene Einrede der Kompensation geltend machen können, und solche, in denen die Kompensationseinrede anderen Personen als dem Gläubiger, gegen welchen sie erworben ist, entgegengesetzt werden kann.

a) Der Bürge kann mit den Gegenforderungen des Hauptschuldners kompensiren, da er befugt ist, die diesem zustehenden Einreden geltend zu machen.[7]

b) Auch der Korrealschuldner darf mit Gegenforderungen seines Mitschuldners kompensiren, soweit dieser sein Gesellschafter ist und in Folge dessen zur Tilgung der Korrealschuld beizutragen hat.[8]

---

der Cessionar mit ihr gegenüber einer Forderung des Cessus kompensire, und behauptet, daß ihr der Einwand der „Simulation" entgegenstehe. Von einer Simulation ist aber in diesem Falle keine Rede; eine Beschränkung der Cession in solchem Umfange ist dem Rechte ganz unbekannt. Nur verbietet die Konkursordnung § 48 Ziff. 3 die Kompensation mit Gegenforderungen, welche ein Schuldner eines Gemeinschuldners in Kenntniß der Zahlungseinstellung desselben oder des Antrages auf Konkurseröffnung erwarb, vorausgesetzt, daß die Konkurseröffnung in der Zeit von 6 Monaten vom Erwerbe der Forderung an geschah.

2) l. 14 D. h. t. 16, 2.

3) Vgl. oben § 4 Anm. 12. Eine Anwendung macht l. 20 § 2 D. de statu lib. 40, 7, eine Obligation zwischen einem Sklaven und dem Erben seines Herrn betreffend. Ueber neueres Recht vgl. Dernburg a. a. O. S. 472.

4) Dernburg S. 483, Eisele S. 315.

5) Auch dingliche Ansprüche werden unter dieser Voraussetzung kompensabel, l. 14 pr. C. h. t., § 30 J. de actionibus 4, 6, Dernburg a. a. O. S. 352.

6) l. 7 pr. D. h. t. 16, 2. Ulpianus libro 28 ad edictum: Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat. Dasselbe gilt für Stundungsverträge, wenn es sich nicht bloß um eine Gnadenfrist zur Beschaffung von Zahlungsmitteln handelt, vgl. l. 16 § 1 D. h. t.

7) l. 5 D. h. t. 16, 2.

8) l. 10 D. de duobus reis 45, 2. Papinianus libro 27 quaestionum: Si duo rei promittendi socii non sint, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Vgl. unten § 73 Anm. 11. Analog ist anzunehmen, daß der Schuldner gegen einen Korrealgläubiger mit der Gegenforderung kompensiren kann, die ihm gegen den anderen Korrealgläubiger zusteht, wenn die beiden Gesell-

c) Der Cessus endlich kann auf die Forderung des Cessionars Gegenforderungen aufrechnen, welche ihm gegen den Cedenten zur Zeit der Denuntiation der Cession zustanden.

Eine strengere Ansicht will Kompensation nur mit Gegenforderungen zulassen, die zur Zeit der Denuntiation bereits kompensabel waren. Aber die Erwägung, daß die einseitige Handlung des Gläubigers die Lage eines Schuldners nicht verschlechtern darf, führt weiter.

Dieser darf hiernach dem Cessionar auch diejenigen Gegenforderungen gegen den Cedenten entgegenstellen, welche ihm zur Zeit der Denuntiation der Cession zustanden, die aber erst später fällig wurden. Dagegen ist er zur Aufrechnung von Gegenforderungen gegen den Cedenten nicht befugt, wenn sie erst später fällig wurden, als die cedirte Forderung. Denn es hieße den Vertragsbruch belohnen, wenn der Cessus die dem Cessionar übertragene Forderung dadurch unwirksam machen könnte, daß er deren Erfüllung so lange verzögerte, bis seine Gegenforderung an den Cedenten fällig würde, und dann kompensirte.[9][10]

Die Kompensation ist ausgeschlossen:

1. Im Falle des Verzichtes des Schuldners,[11]

2. gegenüber der Forderung auf Herausgabe dessen, was der Schuldner durch ungerechtfertigte Eigenmacht an sich nahm,[12]

3. gegenüber Forderungen auf Rückgabe eines Depositums; dies

---

schafter sind, Dernburg a. a. O. § 463. Doch sind die Meinungen getheilt, vgl. die bei Windscheid § 350 Anm. 20 Citirten.

9) Ueber die Kompensation im Falle der Cession siehe Dernburg a. a. O. S. 402, und außer den dort Citirten Eisele S. 305. Das R.G. Bd. 4 S. 255 und Bd. 11 S. 301 steht auf dem hier vertretenen Standpunkte, jedenfalls für das preußische Recht; es scheint auch für das gemeine Recht von demselben auszugehen, vgl. Bolze Praxis des R.G. Bd. 1 S. 97. Siehe übrigens auch Ohnsorge in Iherings Jahrb. Bd. 20 S. 295.

10) Es giebt Fälle, in denen aus einem synallagmatischen Kontrakte eine andere Person berechtigt, als verpflichtet ist. Dies benimmt dem Beklagten nicht die Befugniß der exceptio non adimpleti contractus, wie wenn der Kläger selbst der zur Gegenleistung Verpflichtete wäre. Die exceptio non adimpleti contractus aber muß auf eine Kompensation hinauslaufen, wenn die Forderungen beide in Geld bestehen, z. B. weil der Anspruch des Käufers sich in einen solchen auf das Interesse umsetzt. In solchen Fällen tritt folgerecht auch eine Aufrechnung ein, trotzdem daß der Gläubiger der einen Forderung nicht der Schuldner der anderen ist. l. 19 D. h. t. 16, 2. Dernburg a. a. O. S. 372. Aehnliches kann auch in anderen Fällen des Retentionsrechtes vorkommen.

11) Ob in dem Versprechen „baar" zu zahlen — z. B. einem Schriftsteller sofort nach Ablieferung des Manuskriptes —, ein Verzicht auf die Kompensationseinrede liegt, ist nach den Umständen des Falles zu beurtheilen.

12) l. 14 § 2 C. h. t. 4, 31. Wissentlich unredliches Handeln wird nicht vorausgesetzt, jede objektiv widerrechtliche Selbsthülfe genügt. Dernburg a. a. O. S. 511. Vgl. R.G. Bd. 19 S. 237.

gilt auch bezüglich des depositum irregulare, bei welchem die Restitution nur in Sachen gleicher Art zu erfolgen hat,[13]

4. gegenüber Alimentenansprüchen.[14]

5. In Folge fiskalischen Privilegiums ist die Aufrechnung gegenüber Forderungen eines fiskalischen Departements mit Gegenforderungen an ein anderes Departement unzulässig.[15]

Auch sollen gewisse Forderungen des Fiskus und der Städte der Kompensation nicht unterliegen.[16]

Im Konkurse tritt die Gerechtigkeit des Institutes der Kompensation besonders hervor. Der Gläubiger des Gemeinschuldners, welcher zugleich sein Schuldner war, hat eine natürliche Deckung für seine Forderung in seiner Schuld. Es entspricht daher der Billigkeit, daß er das Geschuldete nicht zum Nutzen Aller in die Konkursmasse zahlen muß, sondern auf seine Forderung aufrechnen, also gleichsam von der Masse aussondern darf.

Deshalb wurde die Kompensation im Konkurse gegenüber den allgemeinen Grundsätzen erheblich erweitert und ähnlich gestaltet, wie dies im vorjustinianischen Konkursrechte der Fall war.[17] Es wird nur erfordert, daß zwischen dem Konkursgläubiger und dem Gemeinschuldner bereits vor der Konkurseröffnung gegenseitige Forderungen bestanden. Es kommt nichts darauf an, ob sie zur Zeit der Konkurseröffnung fällig und ob sie gleichartig waren. Auch bedingte Gegenforderungen berechtigen zur Kompensation; zwar muß die fällige Schuld zur Masse bezahlt werden, aber nur gegen Sicherstellung der Rückzahlung für den Fall des Eintrittes der Bedingung.

---

13) l. 11 C. depositi 4, 34, l. 14 § 1 in fine C. h. t. 4, 31, § 30 I. de actionibus 4, 6. Siehe unten § 93. Dernburg a. a. O. S. 514, Eisele S. 351 spricht dieser Ausnahme aus unzureichenden Gründen die praktische Bedeutung ab. Vgl. hiergegen R.G. Bd. 12 S. 89. Das R.G. erkennt auch die Ausschließung der Kompensationseinrede bei depositum irregulare an.

14) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 519. Die Kompensation ist auch gegenüber mittelbaren Alimentationsansprüchen ausgeschlossen, bezüglich rückständiger Alimente freilich nur, wenn der Ertrag noch dem Zwecke der Alimentation dienstbar sein kann. Ueber Pensionsansprüche vgl. R.G. Bd. 21 S. 186.

15) l. 1 C. h. t. 4, 31.

16) l. 20 D. h. t. 16, 2, l. 3, l. 7 C. h. t. 4, 31, l. 46 § 5 D. de jure fisci 49, 14. Dernburg a. a. O. S. 524, Eisele S. 349.

17) R.O. §§ 46 ff., Schrutka-Rechtenstamm, die Kompensation im Konkurse 1881, Kohler, Konkursrecht S. 123.

§ 64. Geltendmachung, Wirkungen der Kompensation.

Die Kompensation vollzieht sich mit der Erklärung des einen Theils an den anderen.[1] Meist wird sie im Prozeß vom Beklagten einredeweise vorgeschützt.

Erwächst dem Schuldner eine kompensable Gegenforderung, so kann er die Kompensation auf Grund derselben auch noch vorschützen, wenn der Gläubiger zu einer Zeit klagt, wo sie *verjährt* ist. Denn die einmal begründete Kompensationseinrede wird durch die Verjährung der Klage nicht berührt.[2]

Der Beklagte, der mehrere Gegenforderungen hat, kann in der Regel diejenige, welche er will, beliebig zur Kompensation bringen. Stehen dem *Gläubiger* mehrere Forderungen zu, so kann er dem Schuldner gegenüber erklären, welche er zur Kompensation mit dessen Forderung bestimmt.[3] Dies ist maßgebend. Klagt der Gläubiger aber eine seiner Forderungen ein, ohne daß er eine derartige Bestimmung, sei es vor der Klage oder in der Klage, getroffen hat, so ist der Schuldner befugt, auf die Klageforderung zu kompensiren. Kläger giebt, indem er die eine der Forderungen einklagt, zu erkennen, daß er auf sie hin zunächst befriedigt sein will, und er muß sich gefallen lassen, daß sich die Befriedigung durch Kompensation vollzieht. Eine Replik der Kompensation, wodurch der Gläubiger die vom Schuldner zur Kompensation gestellte Gegenforderung auf eine andere seiner Forderungen zur Aufrechnung bringt, ist also nur zulässig, wenn er diese Aufrechnung im voraus als seinen Willen erklärt hat. Immerhin kann jeder Theil fordern, daß konnexe Forderungen, insbesondere solche aus demselben Geschäfte, vor nichtkonnexen mit einander aufgerechnet werden.[4]

So billig die Kompensation ist, so hat sie doch schwere prozessualische

---

1) Vollzieht erst der Richter die Kompensation auf Grund des Antrags einer Prozeßpartei, wovon das römische Recht ausging oder vollzieht sie sich schon durch *einseitige Erklärung einer der Parteien* an den Gegner? Das Letztere entspricht dem Gang der modernen Rechtsentwickelung. So R.G. Bd. 11 S. 119, Ohnsorge in Iherings Jahrb. Bd. 20 S. 285.

2) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 472. Es ist dies herrschende Ansicht, die auch das R.G. angenommen hat nach Bolze, Praxis des R.G. Bd. 1 S. 88.

3) l. 5 D. h. t. 16, 2.

4) Diese Frage gehört zu den bestrittensten. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 549, Eisele S. 365, Windscheid Bd. 2 § 349 Anm. 21 ff. Zu ihrer Beantwortung fehlt es an jedem Anhalt in den Quellen. Die principiellen Erwägungen, die man für die eine oder die andere der verschiedenen Ansichten geltend macht, haben eine zwingende Ueberzeugungskraft nicht. Es erscheint daher entsprechend, sich der Praxis der Reichsgerichte anzuschließen, welche zu den in unserem Texte formulirten Sätzen gelangte. Vgl. R.O.H.G. Bd. 7 S. 367, Bd. 12 S. 389, Bd. 19 S. 76 und dort citirte Entscheidungen; Bolze, Praxis des R.G. Bd. 1 S. 89 n. 413.

Schattenſeiten. Sie ermöglicht dem Schuldner, ſeine Verurtheilung aus klaren Klagegründen durch Vorbringen zweifelhafter, angeblicher Gegenforderungen hinauszuziehen.

Deshalb gab Juſtinian den Richtern die Befugniß, illiquide Kompenſationseinreden, wenn die Klage zur Endentſcheidung reif war, zu beſonderer Verhandlung zu verweiſen und den Beklagten nach dem Klageantrage vorläufig zu verurtheilen. *Liquid* ſind Anſprüche, deren Exiſtenz durch rechtskräftiges Urtheil, gerichtliches Geſtändniß oder öffentliche Urkunden feſtgeſtellt iſt. Ihnen ſtehen die *unmittelbar liquidablen* gleich, die vorausſichtlich innerhalb kurzer Friſt, oder mindeſtens ehe die Klage zur Endentſcheidung reif iſt, liquid gemacht werden können.[5]

Dieſe Beſtimmungen Juſtinians ſind durch andere der C.P.O. erſetzt.[6] Dieſe verſtattet:

a) die *Verweiſung* der Kompenſationseinreden aus nichtkonnexen Forderungen zu beſonderer Verhandlung in einem getrennten Prozeſſe, und

b) ein *Theilurtheil* über die Klageforderung unter Trennung der Verhandlung über die Kompenſationseinrede, wenn es ſich um nichtkonnexe Gegenforderungen handelt.

Das Geſetz ſtellt dieſe Anordnungen dem Ermeſſen des Richters anheim. Es iſt aber ſelbſtverſtändlich, daß der Richter zu denſelben nur ſchreitet, wenn entweder die Verbindung der Verhandlung über Forderung und Gegenforderung zur Verwirrung führen oder eine ungebührliche Prozeßverzögerung bewirken würde.

Die C.P.O. giebt nur prozeſſualiſche Vorſchriften. *Das materielle Kompenſationsrecht bleibt unberührt.* Wird die Kompenſationseinrede daher ſpäter als begründet erklärt, ſo iſt der Kläger

5) l. 14 § 1 C. h. t. 4, 31: Ita tamen compensationes obici jubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit judici facilem exitum sui praestare. satis enim miserabile est post multa variaque certamina, cum res jam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae jam paene convicta est, opponi compensationem jam certo et indubitato debito et moratoriis ambagibus spem condemnationis excludi. hoc itaque judices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed stricto jure utentes, si invenerint eas majorem et ampliorem exposcere indaginem, eas quidem alii judicio reservent, litem autem pristinam jam paene expeditam sententia terminali componant. Ueber die verſchiedenen Auslegungen dieſes Geſetzes und die gemeinrechtliche Entwickelung vgl. Dernburg a. a. O. S. 554, Haſſe im Archiv für civiliſtiſche Praxis Bd. 7 n. 9. Haſſe führte aus, daß Liquidität nicht bei Anſprüchen ex eadem causa verlangt werde. Dies hatte zwar keine Begründung im Rechte Juſtinians, gewann aber Einfluß auf die Geſetzgebung.

6) C.P.O. § 136 und § 274. Die Litteratur ſiehe bei Seuffert, C.P.O. § 136.

zur Erstattung alles dessen zu verurtheilen, was er in Folge der Nichtberücksichtigung der Kompensation in dem vorher ergangenen Theilurtheil über Gebühr zugesprochen erhielt.[7]

Die Kompensationseinrede wirkt, wie jede Exception, im Falle ihres Vorschützens befreiend von dem Augenblicke an, in welchem *ihre objektiven Voraussetzungen vorhanden waren*. Wird also die Kompensation beantragt und kommt sie zur richterlichen Anerkennung, so ist nicht der Zeitpunkt des richterlichen Urtheils zu Grunde zu legen, sondern der *Augenblick, in welchem sich die Gegenforderungen kompensabel gegenübertraten*.

Hieraus folgt:

1. Im Falle der Aufrechnung werden Zinsen von den sich gegenüberstehenden Forderungen seit dieser Zeit nicht mehr berechnet.[8]

---

7) Die Ansichten der Prozessualisten über die Tragweite der Bestimmungen der C.P.O. sind sehr getheilt. Viele nehmen an, daß sie in das Kompensationsrecht materiell eingreifen. Am weitesten geht hierin Seuffert, Kommentar a. a. O. Nach ihm bewirkt das „Theilurtheil", daß die Kompensationseinrede völlig erledigt ist. „Dem verurtheilten Beklagten bleibt," sagt er, „überlassen, bezüglich der Gegenforderung eine besondere, nach den allgemeinen Regeln zu erhebende Klage anhängig zu machen. Für diese Klage gelten die allgemeinen Zuständigkeitsregeln. Im neuen Prozeß sind die Parteirollen umgewechselt. Die Klage bewirkt, wenn sie begründet ist, Verurtheilung des Beklagten zur *Zahlung*, nicht einen nachträglichen Ausspruch über *Kompensation*." Wir können dies nicht einmal mit den Worten der C.P.O. vereinigen. Denn das Urtheil über die Klage wäre dann kein *Theilurtheil*, sondern eine Entscheidung, welche die Kompensationseinrede definitiv zurückwiese. Daß der frühere Beklagte, ohne den Einwand der Rechtskraft fürchten zu müssen, den Anspruch, welchen er vergeblich zur Kompensation zu bringen suchte, zur Begründung einer neuen Klage verwenden könnte, macht das „Endurtheil" nicht zum „Theilurtheil". Aber auch hiervon abgesehen kann das materielle Recht nicht als durch die verfänglichen glatten Formulirungen der C.P.O. geschädigt gelten. Vielmehr sind die Procedurformen so auszubilden, daß sie dem materiellen Rechte dienen. Es wird daher dabei bleiben müssen, daß den Gegenstand des getrennten Prozesses die *Kompensationseinrede* bildet, eine Art Nachprozeß mit unveränderter Parteistellung über die vorbehaltene Vertheidigung, ähnlich dem Urkundenprozesse. Das Gegentheil wäre ein ungeheurer Rückschritt. Seuffert selbst wird es bei seiner Auffassung schwül. Er bemerkt: „Wird die Kompensationseinrede auf eine Gegenforderung nicht gegen den Kläger, sondern gegen einen Dritten gestützt, z. B. der vom Cessionar verklagte debitor cessus stützt seine Kompensationseinrede auf eine vor der Cession entstandene Forderung gegen den Cedenten, oder wird die Forderung eines Dritten compensando geltend gemacht, z. B. der Bürge macht die Gegenforderung des Hauptschuldners geltend, so würde die Trennung der Verhandlung dahin führen, daß die Gegenforderung gegen den Kläger überhaupt nicht geltend gemacht werden könnte. Darin läge ein so starker Eingriff in das materielle Recht, daß man die Trennung als unzulässig oder doch als nicht angezeigt halten muß." Damit würde man aber den Intentionen der C.P.O., welche der Prozeßverschleppung begegnen will, nicht gerecht. Bezüglich des Rechtes auf Kompensation steht auf demselben Standpunkte wie Seuffert: Schollmeyer, die Kompensationseinrede im deutschen Reichscivilprozeß 1884; nur sucht er sie durch die Annahme, die Kompensationseinrede sei „eine unentwickelte Widerklage" minder schroff zu machen. Der Versuch ist nicht gelungen. Siehe übrigens R.G. Bd. 15 S. 376 u. dagegen Bd. 16 S. 371 und Bd. 18 S. 408.

8) l. 11 D. h. t. 16, 2, l. 4 C. h. t. 4, 31, l. 7 C. de solutionibus 8, 42.

2. Zahlt der Schuldner, ohne zu wissen, daß ihm eine Gegenforderung und ein Kompensationsrecht zustehe, so ist er nicht darauf beschränkt, seine Gegenforderung einzuklagen. Er ist vielmehr auch berechtigt, das Gezahlte mit einer condictio indebiti zurückzufordern;[9] denn er hat gezahlt, was er zu zahlen nicht verpflichtet war, weil ihm eine Einrede gegen die Forderung zur Seite stand.

3. Nach denselben Grundsätzen hört mit der Existenz der Gegenforderung der Verzug mit seinen Nachtheilen auf.[10]

III. Erlaßverträge.

§ 65. Freiwilliger Erlaßvertrag.[1]

Forderungen gehen unter durch Erlaß, wenn der Gläubiger den Willen erklärt, auf sie zu verzichten, und der Schuldner den Verzicht annimmt.[2]

In Rom geschah der Schulderlaß in der Regel in der Form der Acceptilation.[3] Doch konnte dieselbe durch das formlose pactum de non petendo ersetzt werden, da aus demselben dem Schuldner gegenüber der Klage die exceptio pacti de non petendo erwuchs. Nach gemeinem Rechte genügt die formlose Erklärung zur Aufhebung der Obligation, wie sie zu deren Begründung ausreicht.[4]

Der Erlaß tilgt in der Regel die Obligation vollständig.

Natürlich kann er aber auch bloß auf gewisse Personen beschränkt bleiben oder von Bedingungen abhängig gemacht sein.

Wird nur zeitweise auf die Geltendmachung der Forderung verzichtet, so ist dies kein Erlaß, sondern Stundung.

Der Erlaß kann behufs einer Schenkung geschehen. Dies ist aber keineswegs nothwendig. Man erläßt z. B. einen Theil einer Forderung,

9) l. 10 § 1 D. h. t. 16, 2.

10) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 589, Windscheid Bd. 2 § 349 Anm. 7. Dort sind die Dissentienten citirt.

1) Völderndorff, zur Lehre vom Erlaß 1850; Scheurl, Beiträge Bd. 2 n. 14; Unger a. a. O. S. 560. Altmann, der Erlaßvertrag 1891.

2) l. 91 D. de solutionibus 46, 3.

3) Oben § 54.

4) Der Erlaß ist keine Acceptilation, sowenig wie der obligatorische Vertrag, welcher derzeit formlos Forderungen begründet, Stipulation ist, vgl. oben § 54 Anm. 6. Der Erlaß ist vielmehr eine dem formlosen obligatorischen Vertrage entsprechende Rechtsbildung des gemeinen Rechtes. Keinesfalls ist er mit dem römischen pactum de non petendo zu identificiren, welches nur eine exceptio erzeugte, übrigens nicht minder Stundung wie Erlaß herbeiführen konnte. Vgl. jedoch Bangerow Bd. 3 § 621 Anm. 1, aber auch Windscheid Bd. 2 § 357 Anm. 9.

um sich die Zahlung des anderen Theiles zu sichern, oder aus „geschäftlicher Coulanz". Dann fehlt der zur Schenkung erforderte animus donandi, d. h. die Absicht der Freigebigkeit.

§ 66. Zwangserlaß. Akkord.

Unter Zwangserlaß versteht man einen Forderungserlaß, welcher durch die Mehrheit der Gläubiger eines Schuldners unter gerichtlicher Autorität geschlossen wird und der auch die Minderheit bindet.

In Rom kam ein Zwangserlaß nur vor, um dem Erben den Antritt einer verschuldeten Erbschaft zu ermöglichen.[1][2] Gemeinrechtlich ließ man aber derartigen Zwang in allen Fällen der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners behufs Abwendung des Konkurses zu.[3]

Die K.O.[4] kennt keinen Zwangserlaß vor der Eröffnung des Konkurses zu seiner *Abwendung*, wohl aber *Zwangsvergleich* — *Akkord* — nach Eröffnung des Konkurses und nach Abhaltung des allgemeinen Prüfungstermines über die Konkursforderungen behufs *Beendigung* des Konkurses. Der Akkord besteht meist in einem theilweisen Schulderlasse, doch kann er auch bloße Stundung bezwecken. Im Fall betrüglichen Bankerotts ist er unzulässig.

Der Akkord wird zwischen dem Gemeinschuldner und seinen nicht bevorrechteten Konkursgläubigern verhandelt und geschlossen. Er fordert:

a) die Mehrheit der im Vergleichstermine anwesenden Gläubiger,

b) daß die Forderungen der Mehrheit mindestens $^3/_4$ der Gesammtsumme der zum Stimmen berechtigenden Forderungen ausmachen.

Es bedarf gerichtlicher Bestätigung, welche auf Antrag eines betheiligten Konkursgläubigers zu versagen ist, falls der Akkord in unlauterer Weise zu Stande gebracht ist oder dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger widerspricht.

Der Akkord bindet auch die überstimmten und die abwesenden Gläubiger, muß aber Allen gleiche Rechte gewähren.

---

1) l. 7 § 17, l. 10 D. de pactis 2, 14, vgl. l. 54 § 1 D. de manumiss. testament. 40, 4, l. 58 § 1 D. mandati 17, 1.

2) Außerdem kannte das justinianische Recht einen Zwang der Mehrheit der Gläubiger gegen die Minderheit zur Ertheilung einer Stundung — eines s. g. Moratoriums — zu Gunsten des Schuldners, l. 8 C. qui bonis cedere possunt 7, 71.

3) Ueber die Geschichte dieses Gewohnheitsrechtes vgl. Fuchs, das Konkursverfahren 1863 S. 83 ff.

4) K.O. §§ 160 ff.

IV. Andere Tilgungsgründe.

§ 67. Wegfall des Subjektes.

Die Obligationen gehen in der Regel auf die Erben des Gläubigers wie auf die Erben des Schuldners über.[1]

Auch wenn der Gläubiger oder der Schuldner verstirbt, ohne Erben zu finden, verschwinden sie nicht ohne Weiteres. Sie bleiben vielmehr Aktiven und Passiven des Nachlasses, beziehungsweise der Konkursmasse, wenn der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird.

Gewisse Forderungen sind jedoch nach gesetzlicher Regel oder besonderen Verträgen *höchstpersönlich*, so daß sie mit dem Tode des Gläubigers oder mit dem des Schuldners untergehen. Dies sind besondere Fälle.[2]

Die Obligationen erlöschen ferner durch *Konfusion*, d. h. dadurch, *daß sich Forderungen und Schulden in derselben Person vereinigen*.[3] Denn Niemand kann sein eigener Schuldner sein.[4] Der Hauptfall der Konfusion ist die *Beerbung* des Gläubigers durch den Schuldner oder des Schuldners durch den Gläubiger.[5] Es

---

1) l. 37 D. de adquir. vel omittenda her. 29, 2 . . . et ea quae in nominibus sint, ad heredem transeant.

2) Die einzelnen Fälle der Unvererblichkeit der Obligationen werden zweckmäßiger im Erbrechte angeführt, als an diesem Orte, vgl. unten Bd. 3 § 169.

3) Etwas schwülstig führt Modestinus libro 8 regularum l. 75 D. de solutionibus 46, 3 aus: Sicut acceptilatio in eum diem praecedentes peremit actiones, ita et confusio: nam si debitor heres creditori exstiterit confusio hereditatis peremit petitionis actionem. Vgl. Girtanner, Bürgschaft S. 504; Kuntze, die Obligation S. 217; Fitting, die Korrealobligation S. 103; Baron, Gesammtrechtsverhältnisse S. 335; Friedmann, die Wirkungen der confusio, Greifswalder Dissert. 1884.

4) Es liegt nicht fern, — wie Baron a. a. O. thut — den Hergang der Konfusion so zu denken, daß dem Schuldner die Succession in die Gläubigerstellung und dem Gläubiger die in die Schuldnerstellung unmöglich sei und daß die Obligation um deswillen erlösche. Doch ist dies nicht die römische Auffassung. Vielmehr succedirt hiernach der Gläubiger in die eigene Schuld und der Schuldner erwirbt die Forderung gegen sich selbst; doch geschieht dies nur momentan, denn mit dem Zusammentreffen der Gläubiger- und Schuldnerstellung in einer Person erlischt die Obligation. Schon der Ausdruck „confusio“ beweist, daß sich die Römer die Sache so vorstellten, hiefür spricht auch l. 7 § 1 D. de stipulatione servorum 45, 2 vgl. Windscheid Bd. 2 § 352. Damit allein gewinnen wir praktische Ergebnisse. Nach der Gegenansicht wäre die *Cession* einer Forderung an einen *Schuldner* unmöglich, die Forderung bliebe also beim Cedenten, was wenig zweckmäßig wäre. Nach der richtigen Ansicht ist solche Cession gültig, verwirklicht sich in der Person des Cessionars und führt zur Tilgung der Obligation durch Konfusion.

5) Wird der Gläubiger durch seinen Schuldner zu einem Theile oder der Schuldner durch seinen Gläubiger zum Theile beerbt, so tritt die Konfusion nur zum entsprechenden Theile ein, l. 1 C. de actionibus hereditariis 4, 16. Gordianus:

ist dies aber nicht der einzige Fall. Insbesondere tritt auch Konfusion der Forderung ein in Folge der Cession derselben an den Schuldner.[6]

Der Gläubiger hat im Falle der Konfusion den Werth der Forderung in sich selbst. Um deswillen wird die Konfusion in den Quellen vielfach der Zahlung gleichgestellt. Diese Gleichstellung hat auch praktische Folgen, aber sie ist keineswegs eine durchgreifende.[7]

§ 68. Unmöglichwerden der Leistung.[1]

Die Obligation erlischt, wenn die Leistung des Geschuldeten objektiv, sei es thatsächlich oder rechtlich, unmöglich wird.[2]

Doch erhält sie sich auch in diesem Falle in Gestalt eines Anspruches auf Gelderſatz, wenn der Schuldner durch Handlungen, die er zu vertreten hat, die Unmöglichkeit verursachte,[3] oder wenn er in Verzug war.

Pecuniam, quam tibi a matre debitam fuisse dicis, ab heredibus ejus coheredibus tuis pro parte tibi competenti petere debes.

6) Wird der Erwerb wieder aufgehoben, so ergiebt sich hinterher, daß die Konfusion nur eine scheinbare war, und es bleibt die Forderung bestehen. So ist es beispielsweise im Falle der Rescission des Testaments und des Erbschaftserwerbes durch die querella inofficiosi testamenti, l. 21 § 2 D. de inofficioso testamento 5, 2. Ganz anders, wenn der Erbe die Erbschaft nach der Konfusion verkauft. Die konfundirte Forderung lebt dann keineswegs wieder von selbst auf. Aber freilich kann der Erbe vom Käufer mit der actio venditi Zahlung des Betrages seiner untergegangenen Forderung an den Erblasser beanspruchen, und es kann ihm umgekehrt vom Käufer der Betrag einer durch Konfusion untergegangenen Forderung des Erblassers an ihn in Rechnung gestellt werden. Denn im Falle des Verkaufes einer Erbschaft soll der Verkäufer kontraktmäßig in die Lage gebracht werden, wie wenn nicht er, sondern der Käufer der Erbe geworden wäre. Vgl. l. 2 § 18 D. de her. vel. act. vend. 18, 4, l. 20 D. eod.

7) Einen besonders scharfen Ausdruck wählt Papinianus libro 37 quaestionum, l. 50 D. de fidejussoribus 46, 1: Debitori creditor pro parte heres extitit accepto coherede fidejussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obligatio ratione confusionis intercidit aut — quod est verius — solutionis potestate sed pro parte coheredis obligatio salva est, non fidejussoria sed hereditaria, quoniam major tollit minorem. In anderen Stellen jedoch wird die confusio nur der solutio gleichgestellt, l. 21 § 1 D. de liberat. leg. 34, 3 ... confusione perinde exstinguitur obligatio ac solutione, ferner l. 71 pr. D. de fidejussoribus 46, 1. Gerade die letztere Stelle, auf die noch zurückzukommen ist, ergiebt, daß die Gleichstellung der solutio und der confusio keine durchgreifende ist. Daher ist es nicht richtig, wenn Girtanner, Bürgschaft S. 504, die Konfusion als eine vom Rechte fingirte Selbstbefriedigung auffaßt. Dies kann auch aus der l. 41 § 2 D. de evictionibus 21, 2 nicht gefolgert werden. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 352 Anm. 4.

1) Mommsen, Beiträge Bd. 1 S. 228; Hartmann, Obligation S. 222; Brinz, Bd. 2 S. 312.

2) Vgl. oben § 16. Bloß zeitweise Unmöglichkeit hat an sich nur aufschiebende Wirkung. Sie steht aber dauernder Unmöglichkeit gleich, wenn der Zweck der Obligation durch sie völlig vereitelt wird. Auch theilweise Unmöglichkeit kann, wenn durch sie der Vertragszweck völlig verfehlt wird, wie Erlaß wirken.

3) Vgl. Bolze im Archiv f. civ. Praxis Bd. 74 S. 102.

Auch hat er eine etwaige Bereicherung zu erstatten, welche ihm das die Unmöglichkeit bewirkende Ereigniß zuführte.[4]

Der Untergang der Obligation tritt nicht minder ein, wenn Hindernisse in der Person des Gläubigers die Leistung unmöglich machten.

Ob und wieweit der Schuldner durch unverschuldete, in seiner Person oder seinen Verhältnissen liegende Unmöglichkeit befreit wird, läßt sich nicht für alle Obligationen gleichmäßig beantworten. Es hängt dies davon ab, ob er in der bezüglichen Richtung nur für Verschuldung einsteht, oder in höherem Maße verpflichtet ist. Wer z. B. die Sache eines Dritten verkauft hat, wird nicht dadurch befreit, daß es ihm unmöglich wird, die Sache, welche er zu erstehen hoffte, zu erwerben.[5]

Hauptfälle befreiender Unmöglichkeit der Leistung sind:

a) Untergang der geschuldeten speciellen Sache;[6] dem Untergange steht gleich, wenn sie aus dem Verkehre tritt; ist die Sache nicht für immer zerstört, vielmehr wiederherstellbar, so erlischt die Obligation nicht.[7]

b) Unmöglich wird auch die Uebereignung einer speciellen Sache, wenn sie dem Gläubiger auf anderem Wege zu eigen wurde.[8]

Hat der Gläubiger indessen für den Erwerb der Sache Auslagen gemacht, so kann er vom Schuldner Ersatz derselben wenigstens insoweit fordern, als derselbe durch sie bereichert ist.[9]

---

4) l. 35 § 4 D. de contr. empt. 18, 1, l. 14 D. de periculo et commodo 18, 6. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 297. Auf Versicherungsgelder bezieht sich dies an und für sich nicht.

5) Vgl. l. 9 pr. D. locati 19, 2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo malo culpaque ejus, Pomponis ait, nihilo minus eum teneri ex conducto ei, qui conduxit ut ei praestetur frui, quod conduxit, licere.

6) Die Römer nennen einen durch Zufall eintretenden, die Sache treffenden „Unfall" vorzugsweise casus, vgl. l. 23 D. de R. I. 50, 17. Siehe insbesondere Brinz a. a. O. S. 312. Der casus kann nicht bloß in dem Untergange, sondern auch in Beschädigung der geschuldeten Sache liegen. Auf „casus" beschränkt sich aber die Befreiung wegen Unmöglichkeit der Leistung nicht, wie dies Manche, z. B. Brinz a. a. O., annehmen. Siehe unten Anm. 8.

7) l. 98 § 8 D. de solutionibus 46, 3. Vgl. Mommsen a. a. O. S. 294 und dort Citirte; siehe aber auch Hartmann a. a. O. S. 225 Anm. 2.

8) Daß hierin ein Fall des Unterganges der Obligation wegen Unmöglichkeit der Leistung liege, verneint Hartmann a. a. O. S. 7 ff. Doch wird dies unseres Ermessens bewiesen durch l. 16 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Pomponius libro 6 ad Sabinum: Si Stichum aut Pamphilum mihi debeas et alter ex eis meus factus sit ex aliqua causa, reliquum debetur mihi a te. Offenbar nimmt der Jurist an, daß die Obligation auf dasjenige der Objekte untergehe, welches dem Gläubiger zu eigen wird. Und weswegen anders, als wegen der Unmöglichkeit der Leistung?

9) l. 61 D. de solutionibus 46, 3. Ulpianus libro 5 ad Plautium: In per-

Absoluter Befreiungsgrund ist dagegegen der s. g. „concursus duarum causarum lucrativarum“, wenn nämlich der Gläubiger, dem eine Sache auf Grund eines liberalen Titels geschuldet wird, dieselbe auf einen anderen liberalen Titel hin erwirbt.[10] [11] Die Sache selbst kann ihm dann nicht mehr übereignet werden, weil er sie bereits zu eigen hat, und Ersatz ist ihm nicht zu leisten, weil er nichts für sie ausgelegt hat.

Was die gegenseitigen Verträge angeht, so erlischt mit der Unmöglichkeit der Erfüllung seitens des Vermiethers auch die Verpflichtung des Miethers. Dagegen erhält sich in anderen Fällen der Anspruch des Theiles, dessen Gegenverpflichtung zufälligerweise untergeht. Dies ist wenigstens die Regel beim Verkaufe.[12]

Die Obligationen erlöschen auch, wenn jedes Interesse des Gläubigers an ihrer Erfüllung wegfällt.[13]

---

petuum quotiens id, quod tibi debeam ad te pervenit et tibi nihil absit, nec quod solutum est, repeti possit, competit liberatio. Vgl. Paulli sent. II 17. § 8. Fundum alienum mihi vendidisti: postea idem ex causa lucrativa meus factus est; competit mihi adversus te ad pretium recuperandum actio ex empto l. 84 § 5 D. de leg. I, Mommsen a. a. O. Bd. 1 S. 260.

10) Ueber den Untergang durch s. g. „concursus duarum causarum lucrativarum“ vgl. Mommsen a. a. O. S. 252; Hartmann a. a. O. S. 3; Karl Schmidt, Erklärung der Rechtsregel über das Zusammentreffen zweier causae lucrativae in Iherings Jahrbüchern Bd. 20 n. 9. Dort findet sich S. 411 Anm. 2 die ältere Litteratur zusammengestellt. Vgl. auch Salkowski, Forts. v. Glück, Bd. 49 S. 122.

11) Die Regel formulirt allgemein l. 17 D. de obl. et act. 44, 7. Julianus libro 83 Digestorum: Omnes debitores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenisset. Vgl. l. 108 § 4 D. de leg. I. Africanus libro 5 quaestionum: Stichum, quem de te stipulatus eram, Titius a te herede mihi legavit: si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat, sin e duabus tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec abait quicquam nec bis eadem res praestari possit. Windscheid führt Bd. 2 § 343 a Anm. 6 aus, daß die Auffassung, wonach der Untergang der Obligation im Falle des concursus der lucrativae causae auf der Unmöglichkeit der Leistung beruhe, den Quellen widerspreche; denn diese sähen den Grund vielmehr darin, daß der Gläubiger hat, was er haben soll, daß ihm „nihil abest“. Ich kann dies nicht finden. Der Grund der Quellen ist eben ein zusammengesetzter. Er beruht darin, daß „bis eadem res praestari non potest“ und außerdem, daß dem Gläubiger „nihil abest“, daß also nicht, wie in anderen Fällen, an die Stelle der nicht mehr lieferbaren Sache Ersatz des für sie Ausgelegten tritt, weil eben nichts ausgelegt ist. — Windscheid seinerseits will den Satz dadurch erklären, „daß der die Forderung setzende Wille dasselbe nur zu dem Zwecke gesetzt hat, damit der Gläubiger erhalte, was er nun hat, daß er also das Forderungsrecht nicht für den Fall, der nun vorliegt, gewollt hat“. Bewiesen ist dies in keiner Weise. Auf dem Standpunkte von Windscheid steht im Wesentlichen Schmidt a. a. O. S. 440.

12) Es ist dies bei den einzelnen Geschäften näher auszuführen.

13) l. 32 D. locati 19, 2, Julianus libro 4 ex Minicio: Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit: Cassius negavit posse cogi colonum, ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Vgl. l. 97 § 1 D. de verb. obl. 45, 1. Andere Auffassungen entwickelt Windscheid Bd. 2 § 361 Anm. 2.

Sechster Abschnitt.

Mehrere Obligationen auf dasselbe Ziel.

Solidarobligationen, Bürgschaften, Intercessionen.

§ 69. Allgemeines.[1] Konstitutum.

Mit dem Wesen der Obligation, einen Erfolg zu Gunsten des Gläubigers herbeizuführen, verträgt sich das Bestehen mehrerer Obligationen, welche *denselben* Erfolg erzielen sollen, so daß es sich um konkurrirende Ansprüche, aber um eine Leistung handelt. Sie kommen unter *denselben* Subjekten wie auch unter *verschiedenen* vor.

Ursprünglich war man freilich in Rom nicht geneigt, konkurrirenden Obligationen freie Entfaltung zu gönnen. Dies hatte ohne Zweifel seinen Grund in der Besorgniß, daß Beitreibung aus *jeder* der Obligationen erzwungen werden könne, also *doppelte* Zahlung, trotzdem daß nur eine *einmalige* bezweckt war. Um deswillen unterstellte die ältere Jurisprudenz bei einem zweiten Versprechen desselben Objektes, wenn es etwas Neues enthielt, Novation[2] und nahm, wenn es nichts Neues hatte, seine Unverbindlichkeit an.[3] In anderen Fällen galt wenigstens durch Litiskontestation über die eine der konkurrirenden Obligationen auch die andere als konsumirt.

Diese Hindernisse und Erschwerungen wurden aber im späteren Rechte nicht mehr festgehalten. War es doch auch zweckwidrig, dem Gläubiger die Mittel zur Erlangung des ihm Geschuldeten zu verschränken.

Was vor Allem mehrere Verpflichtungen *desselben Schuldners* auf dasselbe Objekt angeht, so erkannte das entwickelte römische Recht accessorische Stipulationen neben der ursprünglichen Verpflichtung als zulässig an. Heutzutage ist Aehnliches sehr häufig, z. B. Wechselschulden über die Kaufgelder ohne Novationsabsicht.

Ein hierhergehöriges Institut, welches im Verkehre der Römer eine große Rolle spielte, derzeit aber in der römischen Gestalt nicht

---

1) Die Schrift von Mitteis, die Individualisirung der Obligation 1886 hat mehrfache Berührungspunkte mit meiner Darstellung.

2) Oben § 60 Anm. 6.

3) l. 18 D. de verb. obl. 45, 1, l. 58 D. eod., l. 9 § 2 D. de novationibus 46, 2. Vgl. Mitteis a. a. O. S. 6.

mehr vorkommt, war das Konstitutum,[4] d. h. das Versprechen, eine Schuld, wie sie zur Zeit besteht, an einem künftigen Termine zu zahlen. Hieraus entsprang die actio de pecunia constituta.[5]

Meist ging der Schuldner ein Konstitutum ein, um sich Termin für eine bereits fällige Schuld zu verschaffen.[6] Daher galt die Nichterfüllung des Konstitutum als besonderer Treubruch, und so erklärt sich die sponsio dimidiae partis des vorjustinianischen Rechtes, vermöge deren der Konstituent neben der Schuldsumme auf die Hälfte ihres Betrages zur Strafe verurtheilt wurde.[7]

Voraussetzung des Konstitutums war das Bestehen einer Schuld zur Zeit seiner Eingehung.[8] Dasselbe verpflichtete den Konstituenten zur Zahlung auch in dem Falle, daß die konstituirte Schuld nachher unterging, z. B. zur Zeit der Einklagung des Konstitutums verjährt war. Natürlich tilgte aber eine Zahlung die Hauptschuld und die Schuld aus dem Konstitutum.[9]

Ursprünglich galt ein bestimmter Zahlungstermin als wesentlich. Doch erkannte die spätere Jurisprudenz auch Konstitute ohne Zahlungstermine an, verstattete aber dann dem Konstituenten eine mäßige Frist.[10]

Der Inhalt des Konstitutums mußte im Wesentlichen mit dem der Hauptschuld übereinstimmen. Dennoch wurden Konstitute zulässig, welche die Zahlung anderer Objekte oder andere Zahlungsmodalitäten fest-

---

4) Ueber das Konstitutum vgl. Tit. Dig. de pecunia constituta 13, 5, Cod. 4, 18, Lenel, edictum perpetuum S. 196, Bruns, das constitutum debiti in seinen kleinen Schriften Bd. I S. 221 und in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 28. Ueber das Historische auch Kappeyne van de Capello, Abhandlungen Heft 2 S. 280, Karlowa in Grünhuts Zeitschrift Bd. 16 S. 448.

5) Die actio de pecunia constituta war ursprünglich nur im Falle der Konstituirung von Geldschulden möglich, wie der Name darthut, später erkannte man sie bei Schulden von Fungibilien jeder Art an, Justinian in der l. 2 C. h. t. 4, 18 erklärt Konstitute aller Schulden für klagbar.

6) So Theophilus zu § 8 J. de actionibus 4, 6; vgl. freilich l. 3 § 2 D. h. t. 13, 5, Bruns, kleine Schriften Bd. 1 S. 245.

7) Gajus Inst. IV. § 171.

8) l. 18 § 1 D. h. t. 13, 5. Ulpianus libro 27 ad edictum .. si quid tunc debitum fuerit, cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Julianus scribunt teneri debere licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. Vgl. l. 1 § 8, l. 2, l. 3 pr. D. h. t. 13, 5.

9) Nach älterer Ansicht konsumirte die Litiskontestation über die Klage aus dem Konstitutum auch die Hauptklage; anders später l. 18 § 3 D. h. t. 13, 5.

10) l. 21 § 1 D. h. t. 13, 5. Paulus libro 29 ad edictum: Si sine die constituas, potest quidem dici te non teneri licet verba edicti late pateant: alioquin confestim agi tecum poterit, si statim ut constituisti non solvas: sed modicum tempus statuendum est, non minus X dierum, ut exactio celebretur.

stellten.[11] War mehr konstituirt als die Hauptschuld, so war das Konstitut bis zum Betrage der Hauptschuld gültig.[12]

Konstituiren konnte wie der Schuldner, so auch ein Dritter.[13]

Konstitute im römischen Sinne sind dem heutigen Verkehre fremd. Wohl kommen Zahlungsversprechen vor und romanistisch gebildete Juristen nennen sie gern Konstitute. Aber die charakteristischen Eigenheiten der römischen Konstitute haben sie nicht. Wer eine Schuld zu zahlen verspricht, beabsichtigt nur zu leisten, was zur Zeit der künftigen Zahlung, nicht was zur Zeit des Versprechens geschuldet wird.[14] Ebensowenig gilt, daß man sich durch ein Zahlungsversprechen ohne Weiteres Termin verschafft.

Das heutige Zahlungsversprechen ist kein einheitliches Institut. Vielmehr enthält es bald eine Anerkennung, bald eine Bürgschaft oder auch andere Geschäfte je nach der Absicht der Betheiligten.[15]

Erstes Kapitel.

Die solidarischen Obligationen.

§ 70. Die Betheiligung Mehrerer an Obligationsverhältnissen im Allgemeinen.

Mehrere können bei einem obligatorischen Verhältnisse in verschiedener Weise betheiligt sein. Es kann nämlich eintreten:

1. Theilung der Obligation unter die mehreren Gläubiger oder die mehreren Schuldner.

Sie geschieht meist nach Kopftheilen, also zu gleichen Theilen. Aus besonderen Gründen kann aber auch die Theilung nach anderen Proportionen, z. B. nach Gesellschaftsantheilen, geschehen.

---

11) l. 1 § 5 D. h. t. 13, 5, l. 5 pr. D. eod.

12) l. 11 § 1 D. h. t. 13, 5.

13) l. 5 §§ 2 und 3 D. h. t. 13, 5, l. 2, l. 26—28 D. eod. Vgl. unten § 77.

14) Der römische Satz beruht auf einer Wortinterpretation der römischen Formel „pecuniam debitam constituere". Er giebt dem bestärkenden Versprechen einen andern Inhalt als der bestärkten Schuld. Dies ist unnatürlich und liegt der deutschen Verkehrsanschauung um deswillen fern. Anders Windscheid Bd. 3 § 284.

15) Daß das Konstitut keine Anwendung im heutigen Rechte habe, dies war die Ansicht zahlreicher Praktiker alter und neuer Zeit. Dagegen stellt sich nach der Ansicht von Bruns a. a. O. „jene Verwerfung als völlig grundlos heraus". Auch Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 284 betrachtet das Konstitut, welches er „Erfüllungsversprechen" nennt, als praktisch, nicht minder Arndts § 240. Vgl. unten § 77 Anm. 5.

2. Multiplikation der Obligationen, so daß namentlich jeder der Schuldner das Ganze leisten muß, z. B. den vollen Betrag des Schadens, der durch ihre Schuld entstand, ohne daß die Leistung des einen den anderen befreit,

3. endlich solidarische Berechtigung oder solidarische Verpflichtung. Jeder der Gläubiger hat das Ganze zu fordern oder jeder der Schuldner das Ganze zu leisten. Aber einmalige Leistung tilgt alle Ansprüche.

Die Solidarität nennt man:

a) aktive, wenn es sich um die solidarische Berechtigung mehrerer Gläubiger handelt, und

b) passive, wenn Mehrere solidarisch verpflichtet sind.

Die solidarischen Verpflichtungen sind weiter theils

a) selbständige und gleich kräftige, so daß es sich um mehrere Hauptobligationen handelt, theils

b) accessorische, so daß die eine Schuld die Hauptschuld, die andere aber eine bloße Nebenschuld ist, welche der Sicherheit der Hauptobligation dient und mit deren Untergang erlischt.

Die selbständigen Solidarobligationen zerfallen dann weiter in die Korrealobligationen und in die bloßen Solidarobligationen oder Solidarobligationen im engeren Sinne.

§ 71. Korrealobligationen und Solidarobligationen.[1] [2]

Zu unterscheiden sind Korrealobligationen und bloße Solidarobligationen. Hierüber ist kein Zweifel. Ueber das Eintheilungsprincip aber gehen die Ansichten weit auseinander.

Das Richtige ist folgendes. Korrealobligationen sind durch den Parteiwillen geschaffene solidarische Berechtigungen oder Verpflichtungen; bei den bloßen Solidarobligationen dagegen entwickelt sich die

1) Die Litteratur über Korrealobligationen ist eine außerordentlich reiche. Vorzugsweise hervorzuheben ist Keller, Litiskontestation S. 413; Ribbentrop z. L. v. d. Korrealobligationen 1831; Fitting, die Natur der Korrealobligationen 1859; Samhaber z. L. v. d. Korrealobligation 1861; Czyhlarz in Grünhuts Zeitschrift Bd. 3 n. 2; Brinz z. L. v. d. Korrealobligationen 1873; Unger, passive Korrealität und Solidarität in Iherings Jahrbüchern Bd. 22 n. 2 und Bd. 23 n. 3; Hölder in der Festschrift von Brinz und Hölder 1884 und im Archiv f. civ. Praxis Bd. 69 S. 203; Mitteis, passive Gesammtschuld in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 419. Weitere Litteratur siehe bei Hasenöhrl, österreichisches Obligationenrecht S. 84; Eisele im Archiv für civ. Praxis Bd. 77 S. 374. Vgl. auch Hartmann, Solidar- und Korrealobligationen nach schweizerischem Obligationenrecht 1886, Zeitschrift f. schweiz. Recht n. F. Bd. 6 S. 113.

2) Tit. Inst. de duobus reis stipulandi et promittendi 3, 16, Dig. de duobus reis constituendis 45, 2, Cod. de duobus reis 8, 39.

Solidarität unmittelbar aus der Konstruktion des Verhältnisses und ist nicht Folge eines besonderen, auf sie gerichteten Willens.

Die Korrealobligationen streben also von einem und demselben Ausgangspunkte nach demselben Ziele, die Solidarobligationen thun dies von selbständigen Ausgangspunkten.

1. Die Korrealobligationen lassen sich hiernach definiren als mehrere durch dasselbe Rechtsgeschäft geschaffene, auf dasselbe Objekt gehende Obligationen. Dieselben sind zu einem Rechtsverhältnisse vereinigt, weshalb die Römer auch von „una" und „tota" obligatio sprechen.[3]

Die Korrealität wird begründet:

a) durch Vertrag. Ursprünglich war in Rom Stipulation nöthig.[4][5] Man sprach daher von „correi stipulandi" und „correi promittendi". Hiernach wurde von den Neueren der Ausdruck Korrealobligationen gebildet.

---

3) Unger a. a. O. spricht von einer „kollektiven Einheit der Obligation". Dies stimmt bis zu einem gewissen Grade mit unserer Auffassung überein. Aber Unger geht so weit, von einer Einheit der Person der Korrealschuldner zu reden, a. a. O. Bd. 22 S. 225. Er behauptet, es sei im römischen Rechte anerkannt, daß die mehreren Subjekte in der Korrealobligation zu einem Ganzen verbunden seien und daß sie mit einander eine Person ausmachen, die aber natürlich nicht etwa als ein neues von den einzelnen verschiedenes und über ihnen schwebendes Rechtssubjekt angesehen werden dürfe. Hierunter können wir uns nichts Bestimmtes denken. Vgl. Mitteis, die Individualisirung der Obligation S. 49.

4) pr. I. h. t. 3, 16. Et stipulandi et promittendi duo pluresve rei fieri possunt. stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat „spondeo". ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat „utrique vestrum dare spondeo" nam si prius Titio spoponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio nec creduntur duo rei stipulandi esse. duo pluresve rei promittendi ita fiunt: „Maevi quinque aureos dare spondes? Seji eosdem quinque aureos dare spondes?" Erforderlich war, daß die Verpflichtung „uno eodemque contractu" geschah, l. 4 C. h. t. 8, 39. In l. 9 § 2 D. h. t. 45, 2 sind Personen, die an verschiedenen Orten wohnen, vorausgesetzt, die aber an demselben Orte die Promission leisten, Czyhlarz S. 67 Anm. 29. Daß die Korrealität sich bei der Stipulation entwickelte, ergiebt sich daraus, daß dieselbe von den römischen Juristen bei der Stipulation behandelt wird, worüber die bei Mitteis, die Individualisirung d. Oblig. S. 59 zusammengestellten Stellen zu vergleichen sind. Mit Recht hebt auch Mitteis hervor, daß nach l. 47 D. locati 19, 2 die Korrealität bei bonae fidei negotia zur Zeit des Marcellus noch keineswegs allgemein anerkannt war. Selbst Papinian hält es für nöthig, in der l. 9 pr. D. h. t. 45, 2 auszuführen, daß Korrealobligationen nicht bloß „verbis", sondern auch „ceteris contractibus" begründet werden könnten.

5) Im praktischen Leben bediente man sich in der römischen Kaiserzeit für die Eingehung von Korrealschulden nicht der einfachen im pr. J. h. t. 3, 16 — oben Anm. 4 — referirten Form, vielmehr bürgerte sich die Formel ein „spondemus invicem nos obligantes atque fide dicentes". Dies ergeben die bei Mitteis Reichsrecht und Volksrecht 1891 S. 184 citirten Urkunden. Wie weit verbreitet das Formular war, beweist namentlich auch, daß Papinian in der l. 11 pr. D. h. t. 45, 2 von einer gemeinen Meinung der Juristen — convenit — über die Tragweite einer solchen Klausel sprechen kann. Nicht minder weist die nov. 99 hierauf hin. Ueber die l. 11 vgl. unten § 73 Anm. 18.

Schon in Rom aber wurde es möglich, durch formlosen Nebenvertrag, namentlich bei Realgeschäften und bei Konsensualkontrakten Korrealität auszubedingen. Heutzutage genügt begreiflich jede Verabredung. Gewöhnliche Formeln sind „sammt und sonders", „ungetheilt", „solidarisch", oder auch „korreal".[6]

b) Ferner kann durch Anordnung des Erblassers die Korrealität bei Vermächtnissen festgestellt werden.[7]

Wenn Mehrere ein obligatorisches Geschäft zusammen eingehen, so genügt dies zur Herstellung einer korrealen Berechtigung oder Verpflichtung nicht. Vielmehr tritt im Zweifel im Fall theilbarer Leistung Theilung unter die Mehreren nach Köpfen ein.[8] Wenn z. B. Mehrere zusammen dieselbe Sache verkaufen oder kaufen oder miethen oder ein Darlehen aufnehmen, so ist jeder der Schuldner nur zu seinem Theil verbunden. Wird einer zahlungsunfähig, so fällt dies dem anderen nicht zur Last, ist vielmehr Schaden des Gläubigers.

Die Korrealität muß also besonders bedungen sein. Sie hat vornehmlich folgende Zwecke. Die aktive Korrealobligation erleichtert den Gläubigern die Rechtsverfolgung, da Jeder das Ganze fordern kann; sie macht auch dem Schuldner die Zahlung bequemer, da er Jedem das Ganze zahlen darf. Die passive Korrealität aber sichert den Gläubiger gegen die Gefahr eines Ausfalles, so lange auch nur einer der Schuldner zahlungsfähig ist, und sie erleichtert ihm die Rechtsverfolgung, da er Jeden auf das Ganze belangen kann.[9]

2. Bloße Solidarobligationen können wie die Korrealobligationen aktive sein, so daß die mehreren Gläubiger gleichberechtigt auf das Ganze sind,[10] und passive, so daß jeder der mehreren Schuldner auf das

---

6) Die Römer forderten ursprünglich für die Korrealobligationen eine vollständige Identität des Obligationsgegenstandes. Später hielt man hieran nicht absolut fest. Vgl. l. 5, l. 9 § 1, l. 15 D. h. t. 45, 2. Für das heutige Recht vollends ist Identität des Schuldgegenstandes nicht absolut zu fordern.

7) l. 9 pr. D. h. t. 45, 2. Die solidarische Verhaftung muß nicht ausdrücklich übernommen werden; es genügt, daß die Absicht einer solchen aus dem Vertrage erhellt, R.G. Bd. 15 S. 175. Sie gilt bei Handelsgeschäften als Regel, H.G.B. Art. 280.

8) l. 11 § 1 D. h. t. 45, 2. Cum tabulis esset comprehensum ‚illum et illum centum aureos stipulatos', neque adjectum ‚ita ut duo rei stipulandi essent', virilem partem singuli stipulati videbantur. § 2 Et e contrario cum ita cautum inveniretur: ‚tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus Antonius Achilleus et Cornelius Dius', partes viriles deberi, quia non fuerit adjectum singulos in solidum spopondisse, ita ut duo rei promittendi fierent.

9) Savigny, O.R. Bd. 1 S. 215.

10) Mehrere Fälle aktiver Solidarobligation weist nach Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 24 n. 3.

Ganze verpflichtet ist. Die passiven Solidarobligationen sind bei Weitem die häufigeren.

a) Ein Hauptfall ist, wenn Mehrere in Folge Deliktes zum Ersatze desselben Schadens verpflichtet sind.[11]

b) Nicht minder liegen solidarische Verbindlichkeiten vor, wenn mehrere Vormünder[12] oder mehrere Mandatare[13] wegen Verschuldung, die jedem derselben zur Last fällt, für denselben Schaden einzustehen haben.

c) Eine solidarische Verhaftung tritt endlich auch ein, wenn Mehrere durch Versprechen, aber getrennt dieselbe Leistung übernehmen.

Es sind z. B. Wechselschuldner, welche die Wechselsumme unabhängig von einander als Trassanten, Indossanten oder Acceptanten des Wechsels versprechen, bloße Solidarschuldner. Nicht minder sind dies mehrere Versicherer, welche denselben Schaden getrennt und selbständig versicherten.[14]

§ 72. Die Theorie der Einheit der Korrealobligationen.

Eine Erscheinung des vorjustinianischen Rechtes gab Keller und Ribbentrop den Anstoß zur Entdeckung der Verschiedenheit von korrealen und von bloß solidarischen Obligationen.

Wenn nämlich einer der mehreren Korrealschuldner beklagt und die Litiskontestation mit ihm vollzogen war, so waren bis Justinian alle Korrealschuldner durch die Klagenkonsumtion befreit.[1] Die Litiskontestation hatte gesammtzerstörliche Wirkung. Blieb also die Klage gegen den Schuldner ohne Ergebniß, z. B. wegen Zahlungsunfähigkeit des Beklagten, so konnte der Gläubiger von den übrigen Korrealschuldnern gleichwohl nichts mehr erlangen. Bloße Solidarobligationen dagegen erloschen erst durch Befriedigung und keineswegs bereits durch die Litiskontestation mit einem der Mitschuldner.

Dies führte Keller zur Annahme, daß bei Korrealschulden nur eine einzige Obligation bestehe, wogegen die Solidarobligationen eine Mehrheit von Obligationen bildeten. Indessen mußte sich ihm sofort ergeben, daß die Einheit der Korrealobligationen nicht allseitig durchführbar sei. Daher glaubte er im Sinne der römischen

11) l. 14 § 15, l. 15 D. quod metus causa 4, 2, l. 17 pr. D. de dolo 4, 3, l. 1 § 10, l. 2 ff. D. de his, qui effuderint vel dejecerint 9, 3.

12) l. 38. D. de administratione tut. 26, 7.

13) l. 60 § 2 D. mandati 17, 1.

14) R.G. Bd. 6 S. 177.

1) l. 2 D. h. t. 45, 2, l. 31 § 1 D. de novationibus 46, 2, l. 5 in fine D. de fidejussoribus 46, 1. Siehe diese Stelle in Anm. 3.

Juriſten eine Unterſcheidung machen zu müſſen, ſie ſei einheitlich in ihrem „objektiven Beſtande", habe jedoch „verſchiedene ſubjektive Beziehungen".

Doch dieſes Dogma erklärt nicht, was es erklären ſoll. Denn der Regel nach wirkt die Litiskonteſtation nur zwiſchen denſelben Prozeßparteien. Daß nun bei der Korrealobligation eine Wirkung über die Prozeßparteien hinaus eintrat, iſt dadurch nicht verſtändlich gemacht, daß die Obligation eine einige iſt.[2] Die mehreren Korrealſchuldner ſind ja um nichts weniger verſchiedene Subjekte.

Die römiſchen Juriſten leiten daher die Konſumtion weder direkt noch indirekt aus der angeblichen Einheit der Obligation ab.[3] Die geſammtzerſtörliche Wirkung der Litiskonteſtation war nicht Folge derartiger ſcholaſtiſchen Erwägungen, ſie war ein Produkt der Noth, der Starrheit des alten Prozeſſes. Eine Gefahr bei der Korrealſchuld iſt nämlich, daß es zu einer Doppeleintreibung des Schuldobjektes kommen kann, ſtatt zu bloß einmaliger Zahlung durch einen oder den anderen Schuldner.

Sie lag im altrömiſchen Prozeſſe beſonders nahe. Hätte man Klagen auf das Ganze gegen jeden der Korrealſchuldner zugelaſſen, ſo wäre die nothwendige Konſequenz eine doppelte Verurtheilung geweſen.[4] Doppelverurtheilung hätte aber im altrömiſchen Prozeſſe zu

---

2) Vgl. namentlich Fitting a. a. O. S. 62.

3) l. 5 D. de fidejussoribus 46, 1. Ulpianus libro 46 ad Sabinum ... si reus stipulandi exstiterit heres rei stipulandi duas species obligationis sustinebit. plane si ex altera earum egerit utramque consumet, videlicet quia natura obligationum duarum, quas haberet, ea esset, ut cum altera earum in judicium deduceretur, altera consumeretur. Mit Recht bemerkt Unger a. a. O. S. 257: „Hiermit iſt klar ausgeſprochen, daß zwei Obligationen vorhanden ſind und daß die eine in judicium deducirte Obligation auch die andere aufzehrt. Die allſeitige Wirkung der Litiskonteſtation wird von den Römern ſomit nicht auf die Einheit der Korrealobligation zurückgeführt."

4) Hätte man zur Zeit des jus strictum ſucceſſive Klage mit jedem der Schuldner zugelaſſen, ſo hätte der Gläubiger, da der Richter nur zu fragen hatte, ob der Schuldner litis contestatae tempore ſchuldete und die judicia damals nicht absolutoria waren — vgl. oben Bd. 1 § 154 —, unausweichlich mehrere Judikate erlangt, mehrere Judikate hätten aber, da das Urtheil ſchlechthin exequirbar war, dem Gläubiger das Recht der Doppelbeitreibung gegeben. Vgl. mein Preußiſches Privatrecht Bd. 2 § 47 Anm. 7. Die Tendenz des älteren römiſchen Rechtes, immer wegen derſelben „Vermögenspoſt" nur eine Klage zuzulaſſen, geht auch aus der älteren Geſtaltung der Novation hervor, vgl. das oben § 69 Anm. 9 Bemerkte. — Der von mir gegebene Erklärung ſtimmen zu Hartmann a. a. O. S. 7, Kohler in der krit. Vierteljahrsſchrift n. F. Bd. 11 S. 212, gegen ſie ſpricht ſich Unger a. a. O. Bd. 22 S. 258 aus: Dieſe „äußerliche", aus dem Mechanismus des älteren Prozeſſes hergeleitete Erklärung ſtehe mit den Ausſprüchen der römiſchen Juriſten im Widerſpruch, welche jene Wirkung vielmehr aus der inneren Natur der Korrealobligationen ableiten. Von der „inneren" Natur iſt aber in den Quellen nicht die Rede. Auch Eigenthümlichkeiten, die einem Inſtitute durch äußere Um-

Doppelbeitreibung ermächtigt. Denn im alten Rechte erzeugte jedes Judikat eine einwandfreie selbständige Verpflichtung. Auf das zu Grunde liegende Verhältniß konnte man sich ihm gegenüber nicht berufen. Dem Verurtheilten konnte es daher nicht mehr zu Gute kommen, wenn der andere Korrealschuldner auf Grund seiner Verurtheilung zahlte.

Die Alternative, vor welche sich das altrömische Recht gestellt sah, war Konsumtion des ganzen Rechtsverhältnisses durch die eine Litiskontestation oder Multiplikation der Ansprüche.

Die Antwort konnte nicht zweifelhaft sein.

Die gesammtzerstörende Wirkung der Litiskontestation war das geringere Uebel, die Multiplikation der Judikate ein weit größeres, eine Verleugnung der Grundidee dieser Kreditform.

In der klassischen Kaiserzeit bestanden die Verhältnisse freilich nicht mehr, welche die gesammtzerstörliche Wirkung der Litiskontestation früher zur Nothwendigkeit gemacht hatten. In dieser Zeit war es möglich, trotz mehrerer Judikate die Verurtheilten gegen Doppelbeitreibung zu schützen. Aber nunmehr war die gesammtzerstörliche Wirkung der Litiskontestation gleichsam zur anderen Natur des Institutes geworden. In ihrer Erwartung hatten sich die Korrealschuldner verbunden. Wollten sie dieselbe nicht, so mußte sie durch besonderen Vertrag ausgeschlossen werden. Es war nicht Aufgabe der Jurisprudenz, hieran etwas zu ändern.

Eine andere Stellung hatte die Jurisprudenz der Kaiserzeit zu den Solidarobligationen. Ihr Hauptfall war Beschädigung durch Delikt oder sonstige Verschuldung Mehrerer.

Wenn Mehrere an demselben Delikt betheiligt waren, war Jeder straffällig so daß Jeder die volle Sühne des Schadens als Strafe neben den Andern schuldete, daher war Multiplikation der Schadens-

---

stände aufgeprägt werden, gehören zu seiner Natur. Unger a. a. O. setzt den Grund der gesammtzerstörlichen Wirkung der Litiskontestation darin, „daß die sämmtlichen Mitschuldner eine kollektive Personeneinheit ausmachen", „der belangte Verbalschuldner zieht seine Schuldgenossen nach sich", „in seiner Person sind alle übrigen — mittelbar — mitbelangt und werden daher durch die mit ihm vollzogene Litiskontestation liberirt." Man kann sich, meine ich, kaum schroffer in Widerspruch mit dem realen Thatbestand setzen. Eisele a. a. O. S 403 seinerseits will die gesammtzerstörliche Wirkung der Litiskontestation aus dem alten Rechtsspruch erklären: ne bis de eadem re sit actio, in welchem die Identität der betheiligten Personen nicht hervorgehoben war, so wenig wie in der Formulirung der exceptio rei judicatae. Das mag allerdings der alten Jurisprudenz einen Anhalt für die gesammtzerstörliche Wirkung der Litiskontestation gegeben haben. Doch der Grund der Erscheinung liegt hierin nicht.

klagen folgerecht.[5] Wo sie ausnahmsweise allzu exorbitant und einmaliger Ersatz das Richtige schien, blieb ursprünglich nur das Mittel der Konsumtion aller Klagen durch einmalige Litiskontestation. Auf diesem Standpunkt stand noch Labeo.[6]

Sabinus aber stellte ein neues Princip auf. Hatten Mehrere durch ein Delikt Schaden angerichtet und erschien einmaliger Schadensersatz als genügende Sühne, so sollte zwar nicht die Litiskontestation mit dem Einen, wohl aber die Befriedigung durch den Einen die anderen Schädiger befreien.[7]

---

5) Insbesondere galt im Falle schuldhafter Sachbeschädigung durch Mehrere noch im spätesten römischen Rechte, daß die Leistung des Einen seinen Theilnehmer nicht befreite l. 11 §§ 2 und 4, l. 51 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2. Hierin lag nicht eine besondere Eigenthümlichkeit der lex Aquilia, sondern ein Rest der Auffassung, welche ursprünglich bei allen Schadensklagen wegen Delikts herrschte.

6) l. 15 § 2 D. quod vi aut clam 43, 24, Ulpianus libro 71 ad edictum: Si in sepulchro alieno terra congesta fuerit jussu meo, agendum esse quod vi aut clam mecum Labeo scribit. et si communi consilio plurium id factum sit, licere vel cum uno vel cum singulis experiri: opus enim, quod a pluribus pro indiviso factum est, singulos in solidum obligare. (si tamen proprio quis eorum consilio hoc fecerit, cum omnibus esse agendum, scilicet in solidum): itaque alter conventus alterum non liberabit, quin immo perceptio ab altero: superiore etenim casu alterius conventio alterum liberat. Die oben eingeklammerten Worte halte ich, einer Anregung von Grabenwitz folgend, nicht für echt. Allerdings bilden sie keine Interpolation, so zu interpoliren hatten die Kompilatoren keinen Grund; sie sind Interpretation eines stümperhaften vorjustinianischen Rechtslehrers und kamen als Glossen in den Text Ulpians. Vgl. auch Lenel Palingenesia vol. II. p. 840. Geht man hiervon aus, und die Annahme ist durch die miserabele Fassung des Satzes und seinen sonderbaren Gedanken genügend begründet, so erledigen sich Ausführungen von Eisele a. a. O. S. 427. Labeo unterscheidet, wenn wir den Text gereinigt lesen, den Fall, in welchem die Mehreren communi consilio handelten, dann befreit selbst die Leistung des einen Thäters den anderen nicht, und den „superior casus", in welchem der Thäter „jussu meo" handelte, hier befreit schon die „conventio" des Einen den Andern. Also „Multiplikation" oder „Konsumtion" bildete für Labeo die Alternative. Ulpian hat den Labeo gedankenlos ausgeschrieben. Gerade hierin liegt das historische Interesse der Stelle. Wer sie aus dem Rechte der späteren Kaiserzeit erklären will, muß ihr Gewalt anthun, wie das von Ribbentrop a. a. O. S. 105 und Mommsen in seiner Note zu der Stelle geschieht, indem er die Lesart vorschlägt „conventio immo perceptio"; das ist schlimme Pandektenharmonistik.

7) Daß es vorzugsweise Sabinus war, welcher die Befreiung der solidarisch haftenden Deliktsschuldner an die Perception knüpfte, ergiebt l. 8 D. quod falso tutore 27, 6 Paulus libro 12 ad edictum bezüglich mehrerer doloser Pseudotutoren: et ideo si nihil aut non totum servatum sit, in reliquos non denegandam in id quod deest, Sabinus scribit. Damit stimmt l. 1 §§ 13 und 14 D. de vi 43, 16. Quotiens verus procurator dejecerit, cum utrolibet eorum, id est sive domino sive procuratore agi posse Sabinus ait et alterius nomine alteri — Ribbentrop, Korrealobligation S. 94 liest conventione alterum — eximi, sic tamen si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita. Nicht richtig ist die Behauptung Eiseles a. a. O. S. 433, daß derartige Einschränkungen des vorher Vorgetragenen in den Fragmenten der römischen Juristen zweifelsohne die Hand der Kompilatoren bewiesen. Nein, die römischen Juristen haben häufig die Ansichten ihrer Vorgänger, also das überlieferte Juristenrecht zunächst einfach referirt und dann erst die ihnen entsprechend dünkenden Modifikationen zugefügt. Uebrigens

Der geschmeidige Prozeßmechanismus der Kaiserzeit ermöglichte die Durchführung des Principes des Sabinus.

Justinian[8] hat schließlich verordnet, daß Bürgschaften und passive Korrealschulden wie die bloßen Solidarschulden nicht durch Litiskontestation mit dem einen Schuldner, sondern erst durch Befriedigung erlöschen sollten.

Man hat die Theorie der Einheit der Korrealobligation noch auf andere Weise zu begründen gesucht.[9] Aber eine genaue Prüfung halten alle diese Gründe nicht aus.

Allerdings reden die Römer selbst zuweilen von „einer" Obligation, aber ebenso oft, vielleicht noch häufiger, von mehreren Obligationen, manchmal in derselben Stelle mit dem Ausdruck wechselnd. Unmöglich kann daher die „Einheit der Obligation" ein römisches Dogma und der Grundstein der römischen Korrealobligation gewesen sein. Nichts Anderes kann una obligatio hier bedeuten als „ein Obligationsverhältniß", „eine Vermögenspost".[10] Es handelt sich um „ein Schuldobjekt", aber „mehrere Obligationen".[11]

---

drang die Meinung des Sabinus keinesfalls sofort durch und manche Aeußerung klassischer Juristen, welche die Befreiung deliktischer Solidarschuldner noch an die conventio des einen knüpfte, mag allerdings erst von den Kompilatoren durch Interpolation mit ihr in Uebereinstimmung gebracht sein.

8) l. 28 §§ 2 und 3 C. de fidejussoribus 8, 40 Justinianus: Idemque in duobus reis promittendi constituimus ex unius electione praejudicium creditori adversus alterum fieri non concedentes, sed remanere et ipsi creditori actiones integras et personales et hypothecarias, donec per omnia ei satisfiat. Si enim pactis conventis hoc fieri conceditur et in usu quotidiano semper hoc versari adspicimus, quare non ipsa legis auctoritate hoc permittatur?

9) Die Einheit der Korrealobligation wird noch immer von den Lehrbüchern festgehalten. Insbesondere ist für Windscheid Bd. 2 § 293 die Korrealobligation „eine einige Obligation mit einer Mehrheit der subjektiven Beziehungen", ebenso Arndts § 214, Wendt, Pand. § 209. Brinz Bd. 2 S. 235 nimmt Einheit der Obligation bei solidarischen wie bei korrealen Obligationen an. Gegen die Einheitstheorie haben sich in der neueren Zeit besonders Czyhlarz a. a. O., bis zu einem gewissen Grade auch Unger a. a. O. und neuestens Mitteis a. a. O. S. 48, 49, sowie Kuntze, Obligationen 1886 S. 141 ausgesprochen. Auch Fitting a. a. O. ist Gegner. Er sieht das Wesen der Korrealobligation darin, daß die Person des Schuldners beziehungsweise des Gläubigers noch ungewiß sei, was erst später durch Wahl gehoben werde. Vgl. hiergegen die bei Windscheid Bd. 2 § 253 Citirten. Brinz unterstellt eine gegenseitige Vertretung der Korrealgläubiger und Korrealschuldner, eine Auffassung, die Waldner a. a. O. weiter durchzuführen sucht. Das dieselbe eine ganz „abwegige" ist, führt mit Recht Mitteis a. a. O. S. 53 aus. Hölder vertheidigt a. a. O. eine fingirte Identität der Einzelansprüche. Dagegen Unger a. a. O. in Iherings Jahrbüchern Bd. 23 S. 106.

10) Vgl. oben § 1 Anm. 4.

11) pr. I. h. t. 3, 16: Ex hujusmodi obligationibus et stipulantibus solidum singulis debetur et promittentes singuli in solidum tenentur. in utraque tamen obligatione una res vertitur: et vel alter debitum accipiendo vel alter solvendo omnium peremit obligationem et omnes liberat. Die justinianischen Institutionen haben den Titel de duobus reis den Institutionen von Florentinus entnommen, wie sich aus der Vergleichung des § 2 I. h. t. mit l. 7 D. h. t. 45, 2 Florentinus libro 8 institutionum ergiebt.

Kann doch auch eine dieser Obligationen bedingt oder betagt, die andere unbedingt und unbetagt sein.[12] Mit der Theorie der Einheit der Obligation ist dies nicht zu vereinigen.

Und wenn man von der Einheit der Obligation in ihrem objektiven Bestande und einer Mehrheit in den subjektiven Beziehungen spricht, wie soll es erklärt werden, daß in dem Falle der Beerbung des einen Korrealschuldners durch den anderen der Schuldner nunmehr durch beide Obligationen verhaftet ist?[13] Hier ist doch nur ein Schuldner, nur eine subjektive Beziehung vorhanden. Daher muß diese Mehrheit nothwendig in dem objektiven Bestande der Obligationen gesucht werden.

Korreale Forderungen und Schulden bilden hiernach mehrere Obligationen wie die solidarischen. Nur sind bei den ersteren die Betheiligten durch ein engeres Band verbunden, als bei bloßen Solidarobligationen.

§ 73. Die passiven Korrealobligationen.

Die passiven und die aktiven Korrealobligationen haben zwar in ihrer juristischen Konstruktion vieles Gemeinsame, sind aber doch von sehr verschiedener Bestimmung. Es ist daher zweckmäßig, sie getrennt und nicht, wie dies meist geschieht, verbunden zu betrachten. Was zunächst die passive Korrealschuld anlangt, so kann

1. der Gläubiger jeden der Korrealschuldner beliebig auf das Ganze oder auf Theile der Schuld belangen.[1]

Er ist auch befugt, alle Schuldner auf das Ganze zu verklagen, und zwar entweder in getrennten Prozessen oder in einem Verfahren.[2]

Die Novelle 99 gewährte den Korrealschuldnern nach dem Vorbilde des Rechtes mehrerer Bürgen das beneficium divisionis. Und zwar sollte der Richter von Amtswegen die nicht mitbeklagten ortsanwesenden Schuldner vor Gericht ziehen, die Sache gemeinsam mit allen erörtern und alle zusammen antheilmäßig verurtheilen. Solches

---

12) § 2 I. h. t. 3, 16, l. 7 D. h. t. 45, 2, vgl. l. 9 § 2 D. h. t.

13) l. 5 D. de fidejussoribus 46, 1, abgedruckt oben Anm. 3.

1) l. 3 § 1 D. h. t. 45, 2.

2) In der klassischen Zeit war eine gemeinsame Klage gegen alle Korrealschuldner auf das Ganze unzulässig. Auch dies beruhte auf Tradition des älteren Rechtes. Korreale Verurtheilung hätte den Anforderungen, welche man in der alten Zeit an ein Judikat machte, nicht entsprochen. Das Urtheil mußte damals bestimmt sein und eine feste Basis für die Exekution bilden. Daher sagt für Bürgen l. 1 C. de fidejussoribus tutorum 5, 57: in solidum et cum reo et cum fidejussoribus agi jure non potest. Daß das Gleiche bei Korrealschuldnern gilt, ergiebt l. 3 § 1 D. h. t. 45, 2. Anderer Ansicht ist zwar Unger a. a. O. Bd. 22 S. 230 Anm. 55. Aber die von ihm angeführten Stellen beweisen dieselbe nicht.

Officialverfahren ist mit dem heutigen Prozeßrechte nicht mehr vereinbar. Daher haben Manche dem beklagten Korrealschuldner statt dessen geradezu die Einrede der Theilung gegeben oder auch angenommen, daß die sämmtlichen Korrealschuldner nur gemeinschaftlich verklagt werden dürften, so daß der bloß gegen Einen angestellten Klage die sog. exceptio plurium litisconsortium entgegenstünde. Das R.G. aber erachtet es für unzulässig, statt der Rechtsbehelfe Justinians, die derzeit nicht mehr anwendbar sind, andere einzuführen, welche den Rechten des Gläubigers nachtheiliger sind. Es hält hiernach die Novelle 99 für unpraktisch.[3]

2. Jeder der Korrealschuldner verpflichtet sich selbständig. Eine gegenseitige Verhaftung für *Verschuldung* des Mitschuldners folgt daher logisch aus dem Begriff der Korrealschuld nicht. Aber sie entspricht doch den Interessen des Verkehrs und daher auch der regelmäßigen Absicht der Kontrahenten. Vor Allem gebietet sie Zweckmäßigkeit, wenn Mehrere gemeinsam eine Arbeit, z. B. einen Hausbau, übernehmen.[4] Auch bei anderen Leistungen, insbesondere zur Lieferung von Sachen, schien sie zweckmäßig. Um deswillen wurde die gegenseitige Haftung für Verschuldung des Mitschuldners herrschende Lehre.[5 6]

---

3) In hohem Grade war von jeher der Sinn der Nov. 99 bestritten. Eine gründliche Dogmengeschichte und Interpretation giebt Wieding: Novella XCIX. a) Die gemeine, schon von der Glosse vertheidigte Ansicht ging dahin, daß die Novelle das beneficium sämmtlichen *Solidarschuldnern* gewähre. b) Dagegen wurde seit der Renaissance vielfach behauptet, die Novelle beziehe sich nur auf den Fall, daß die mehreren *Korrealschuldner sich gegenseitig verbürgt hätten*. Dies war namentlich die Auffassung von Haloander. Sie wurde in unserem Jahrhundert vorzugsweise durch Savigny O.R. Bd. 1 S. 279 vertheidigt. Aber das war, wie oben § 71 Anm. 5 gezeigt wurde, nur die Formel, in welcher die Notare die Korrealschuld zu stilisiren pflegten. Justinian will damit daher die Korrealschuld als solche treffen. Unbegreiflich wäre, daß der Gläubiger weniger Rechte gegen seine Schuldner haben sollte, wenn sie sich ihm zwiefach, nämlich als Korrealschuldner und als Bürgen, als wenn sie sich einfach als Korrealschuldner verpflichtet hatten. c) Noch Andere beziehen das beneficium auf den Fall, daß in der Korrealschuld materiell eine gegenseitige Intercession liege. So Bangerow Bd. 3 § 573 Anm. 4, sowie Windscheid Bd. 2 § 293 Anm. 10. Aber diese oft zweifelhafte Frage in den Prozeß des Gläubigers mit einem Korrealschuldner hereinzuziehen, wäre eine Verkehrtheit von Justinian gewesen, die man ihm nicht ohne Weiteres imputiren kann. Das R.G. Bd. 12 S. 219 hat nunmehr diesen Streitfragen die praktische Bedeutung entzogen, indem es die Bestimmung der Novelle als in Folge der Veränderung der Prozeßeinrichtungen antiquirt ansieht.

4) l. 5 D. h. t. 45, 2.

5) l. 18 D. h. t. 45, 2. Pomponius libro 5 ex Plautio: Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri quoque nocet. Vgl. l. 5 § 15 D. commodati 13, 6. Pomponius kann nicht, wie Unger a. a. O. S. 250 annimmt, an Fälle gedacht haben, in welchen dem Beklagten persönlich eine Schuld um deswillen zur Last liegt, weil er die geschuldete Sache nicht vor Beschädigung durch den Mitkontrahenten gehütet hatte. Denn Stipulationsschuldner hafteten *nicht* für schuldhafte Unterlassungen. l. 91 pr. D. de verb. obl. 45, 1. Ueber die verschiedenen Versuche, die Entscheidung von Pomponius zu erklären, vgl. Arndts § 251 Anm. 6, dazu noch Hölder, Festschrift S. 58 und Mitteis in Grünhuts Zeit-

Folgerecht wird man jeden Korrealschuldner auch für den Verzug des Mitschuldners als haftbar erachten müssen.[7]

3. Justinian verordnete, daß die Unterbrechung der Verjährung durch einen der Korrealgläubiger oder gegenüber einem Korrealschuldner für und gegen Alle wirke.[8] Dies hat seinen Grund im Verjährungsrechte. Der Gläubiger gilt hier nicht als nachlässig.

4. Welche Ereignisse haben gesammtzerstörliche Wirkung, welche betreffen nur die Obligation des einen der Korrealschuldner?

a) Die Zahlung befreit alle Korrealschuldner.

b) Das Gleiche gilt ohne Zweifel für Zahlungssurrogate, also für Angabe an Zahlungsstatt und gehörige Deposition. Ferner hat die Novation mit einem der Korrealschuldner gesammtzerstörliche Wirkung, sofern der animus novandi so weit geht.[9] Und zweifellos ist dies auch der Fall, wenn einer der Korrealschuldner mit einer ihm zustehenden Gegenforderung durch Erklärung oder im Prozeßweg kompensirt und dadurch die Korrealschuld getilgt hat. Kann aber der Korrealschuldner mit einer Gegenforderung des anderen kompensiren? Das hieße, vulgär ausgedrückt, aus fremdem Beutel zahlen. Nur dann ist dies zulässig, wenn er in Folge einer Societät mit dem Korrealschuldner oder eines sonstigen Vertrags zu einer solchen Verwerthung der Gegenforderung seines Gesellschafters ermächtigt ist.[10]

c) Was den Schuldverlaß anlangt, so war nach römischem Rechte der in die Form der acceptilatio und der in ein pactum de non petendo gekleidete verschieden.

Die Acceptilation mit einem der Schuldner wirkte gesammtzerstörend wie die Zahlung.[11]

Bei dem pactum de non petendo war zu unterscheiden, ob es

---

schrift Bd. 14 S. 465. Sehr richtig Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 73 S. 395.

6) Marcianus libro 4 regularum l. 32 § 4 D. de usuris 22, 1 erklärt allerdings: Sed si duo rei promittendi sint, alterius mora alteri non nocet. Mit dem Gedanken des Einstehens für einander, von dem Pomponius ausgeht, ist dies unseres Erachtens nicht zu vereinen. Aber Pomponius ist der Vorzug zu geben, weil seine Auffassung der Absicht der Kontrahenten mehr entspricht. Unger a. a. O. S. 248 Anm. 88 nennt es ein „leidiges Auskunftsmittel", daß Pomponius und Marcian widersprechender Ansicht gewesen seien. Warum sollen aber die römischen Juristen in derartigen Fragen weniger oft widersprechender Ansicht gewesen sein, als die neueren dies sind?

7) l. 4 C. h. t. 8, 39.

8) l. 3 § 1 D. h. t. 45, 2, § 1 I. h. t. 3, 16.

9) Vgl. l. 31 § 1 D. de novationibus 46, 2.

10) l. 10 D. h. t. 45, 2, abgedruckt oben § 63 Anm. 8.

11) l. 2 D. h. t. 45, 2, l. 16 D. de acceptilationibus 46, 4.

bloß der Person des Vertragsschließenden zu Gute kommen sollte — in personam war, so daß es sich auf ihn beschränkte, oder ob es ohne eine besondere Beziehung auf die Person des Vertragsschließenden eingegangen — in rem war. Im letzteren Falle kam es dem anderen Korrealschuldner zu Gute, wenn der Vertragsschließende an seiner Befreiung ein Interesse hatte, weil er ihm regreßpflichtig war.[12]

Für den heutigen Erlaßvertrag muß man folgende Sätze aufstellen. In der Regel wirkt der Erlaßvertrag zu Gunsten dessen, an dessen Befreiung der Vertragsschließende ein Interesse hat. Aber es kann auch die Meinung sein, daß nur der Paciscirende für seine Person befreit sein soll. Und es ist endlich möglich, daß der Gläubiger sich wie durch Zahlung befriedigt erklärt, so daß das ganze Schuldverhältniß erledigt ist. Dies ist namentlich anzunehmen, falls ohne Vorbehalt quittirt ist.[13]

b) Wenn der Gläubiger den einen seiner Korrealschuldner beerbt, befreit die Konfusion an und für sich dessen Mitschuldner nicht. Standen jedoch die beiden in einem Gesellschaftsverhältniß, so kann der Gläubiger den Theil der Schuld nicht beanspruchen, den er erstatten müßte, wenn sein Mitschuldner voll zahlte.[14]

c) Es ist herrschende Meinung, daß das freisprechende Urtheil, welches ein Korrealschuldner erlangt hat, auch dessen Mitschuldnern zu Gute kommt, vorausgesetzt, daß dasselbe die Existenz der Korrealschuld als solcher verneint und nicht bloß die Verpflichtung des beklagten Schuldners. Allein diese Ansicht ist unrichtig. Denn nach allgemeinen Principien macht das Urtheil Rechtskraft nur unter den Prozeßparteien. Und nirgends wird in den Quellen hiervon eine Ausnahme für Korrealschuldner gemacht. Eine Ausnahme findet sich bei Bürgschaftsverhältnissen.[15] Aber Korrealschulden und Bürgschaften sind nicht zu identificiren.

---

12) l. 21 § 5 D. de pactis 2, 14. Ueber mehrere Streitfragen siehe Vangerow Bd. 2 § 573 S. 94.

13) So auch Mitteis in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 445. Der einem der Korrealschuldner zugeschobene Eid kam, wenn derselbe die Schuld abschwor, auch den anderen Korrealschuldnern zu Gute. l. 28 § 3 D. de jurejurando 12, 2. Es war dies eine Folge des römischen Axioms — l. 27 D. de jurejurando 12, 2, Gajus libro 5 ad edictum provinciale — „jusjurandum loco solutionis cedit", welches man im Anschlusse an das prätorische Edikt — l. 34 § 6 D. eod. — „solvere aut jurare cogam" aufgestellt hatte. Mit Recht bemerkt aber Mitteis, die Individualisirung S. 90, daß das Bestreben, die Möglichkeit widerstreitender Eide auszuschließen, hierbei mitbestimmend war. Deshalb hat der Eid auch — l. 2 D. eod. — „majorem auctoritatem quam res judicata".

14) l. 71 pr. D. de fidejussoribus 46, 1. In Fällen der Befreiung eines der Schuldner durch capitis deminutio blieb der andere gleichwohl verhaftet. l. 19 D. h. t. 45, 2. Ebenso wirkt eine etwaige Restitution des einen der Korrealschuldner gegen die Uebernahme der Obligation nicht zu Gunsten des Mitschuldners.

15) l. 42 § 3 D. de jurejurando 12, 2. Pomponius libro 18 regularum:

Unsere Auffassung entspricht der C.P.O. Denn hiernach sind Urtheile der Rechtskraft nur soweit fähig, als über den durch die Klage erhobenen Anspruch entschieden wird. Der Anspruch gegen den einen Korrealschuldner ist aber von dem gegen den anderen verschieden.[16]

5. Hat der Korrealschuldner, welcher die Schuld voll oder doch über seinen Kopftheil hinaus gezahlt hat, einen *Regreß* gegen die übrigen, welche er hierdurch befreite?[17]

An sich begründet die *Zahlung* der ganzen Schuld den Rückgriff des Zahlenden gegen seine Mitschuldner nicht. Er hat die eigene Schuld getilgt, nicht das Geschäft eines Andern geführt. Logischerweise kann sich daher der Regreß nur auf das *Verhältniß* stützen, welches die Betheiligten zur Uebernahme der Korrealschuld bestimmte.

Doch ein starres Festhalten an diesem Standpunkt führt zu unerfreulichen Ergebnissen. Das zu Grunde liegende Verhältniß klar zu legen und hiernach den Regreß zu begründen, wird oft nur durch weitläufige Beweise, oft gar nicht gelingen. Und doch ist der Mitschuldner durch die Aufwendung des Zahlenden befreit und der Regreß in den meisten Fällen billig. Daher gilt der Regreß als der *Vermuthung* nach begründet, wenn einer der Korrealschuldner über seinen Kopftheil hinaus zahlte; der beklagte Mitschuldner hat seinerseits zu deren Entkräftung darzuthun, welches das zu Grunde liegende Verhältniß ist und daß dieses einen Rückgriff *nicht* gegen ihn *ausschließt*.[18]

Item si reus juravit, fidejussor tutus sit, quia et res judicata secundum alterutrum eorum utrique proficeret. Die letzten Worte sind wahrscheinlich interpolirt, da zur Zeit des Pomponius die *Litiskontestation* mit dem einen Schuldner den anderen befreite. Wie dem auch sei, nichts rechtfertigt es, über den Fall der Bürgschaft hinauszugehen.

16) C.P.O. § 293. So auch Mitteis in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 456, dagegen Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 50 S. 133 und Archiv f. schweiz. Recht n. F. Bd. 6 S. 124.

18) Es ist dies alte Streitfrage, vgl. schon Glosse „juvare" zu l. 2 C. h. t. Dafür, daß die *Zahlung* Seitens eines Korrealgläubigers den Regreß begründe, W. Sell in Lindes Zeitschrift Bd. 3 n. 21, Bd. 4 n. 2, Savigny Obl.R. Bd. 1 S. 240, vgl. auch Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 118. Dagegen erklärte sich Schröter in Lindes Ztschrft. Bd. 6 S. 415, Bangerow Bd. 3 § 573 S. 75, Windscheid Bd. 2 § 294 Anm. 2.

18) Aus l. 62 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2 von Ulpian beziehungsweise Julian geht unzweifelhaft hervor, daß *grundsätzlich* der Regreß nicht Folge des Korrealverhältnisses an sich, sondern der zu Grunde liegenden Societät u. s. w. ist. Immerhin suchte man schon in Rom den Rückgriff möglichst zu erleichtern. Hieraus erklärt sich die l. 11 pr. D. h. t. 45, 2 von Papinian libro 11 responsorum, deren Verständniß bis jetzt — auch Mitteis Individualisirung der Obligation S. 69 — nicht gelungen ist. Papinian legt seiner Erörterung das in der Praxis gewöhnliche Formular zu Grunde, wonach die Korrealschuldner promittirten „invicem nos obligantes atque fide dicentes", vgl. oben S. 189 Anm. 5; er berichtet, es sei gemeine Meinung der Juristen, daß der Gläubiger hiernach seine Klage auf das Ganze

§ 74. Die aktiven Korrealobligationen.

Charakteristisch für die aktiven Korrealobligationen ist die Selbständigkeit und Unbedingtheit der Rechte eines jeden der Gläubiger.

Jeder Gläubiger kann das Schuldobjekt ganz einklagen. Er bedarf der Zustimmung der anderen Gläubiger nicht. Jeder kann die Zahlung des ganzen Schuldobjekts fordern. Jedem kann es ganz vom Schuldner angeboten werden. Jeder kann selbständig auf das Ganze klagen und begründet damit Rechtshängigkeit des ganzen Anspruchs. Siegt er, so sind die übrigen Gläubiger ausgeschlossen.[1]

Jeder der Gläubiger kann ferner die Schuld mit dem Effekt erlassen, daß auch die Ansprüche der übrigen Korrealgläubiger getilgt sind, was namentlich anzunehmen ist, wenn er unbedingt über die Schuld quittirt hat.[2] Ja, er kann durch Novation die Forderung in sein ausschließliches Recht bringen, womit die Rechte der übrigen Gläubiger erlöschen.[3 4]

---

gegen denselben Schuldner der Art theilen dürfe, daß er ihn zur einen Hälfte als Hauptschuldner, zur anderen als Bürgen belange. Was war Nutzen und Zweck solcher Theilung? Zweifelsohne, dem Schuldner, welcher dann zur einen Hälfte als Bürge verurtheilt wurde, damit seinen Regreß gegen den Mitschuldner zu sichern. Allerdings erklärt Papinian, der Gläubiger dürfe zu dieser Weise der Klage nicht gezwungen werden. Daraus geht aber gerade hervor, daß man es wenigstens für anständig hielt, so zu klagen, und daß es wohl auch an einer „douce violence" des Magistrats nicht ganz fehlte. Verfing diese nicht, so wird man sich doch, um modern zu reden, gegen „Provision" zu solcher Klageweise verstanden haben. — Wie dem aber sei „Diocletianus et Maximianus" haben, was die Alten nur auf Umwegen zu erreichen wußten, direkt als praktisch und billig bestimmt: Creditor prohiberi non potest exigere debitum, cum sint duo rei promittendi ejusdem pecuniae, a quo velit. Et ideo si probaveris te conventum, in solidum exsolvisse, rector provinciae juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti non cunctabitur. Der zahlende correus hat also seinerseits zur Begründung seines Rückgriffs nur Beweis über die Zahlung der ganzen Schuldsumme zu führen.

1) Welche Wirkung die Klageerhebung Seitens eines von mehreren Korrealgläubigern hat, kann zweifelhaft sein. Nach klassischem Rechte konsumirte die Litiskontestation eines Korrealgläubigers den ganzen Anspruch, l. 2 D. h. t. 45, 2. Justinian hat dies durch die l. 28 C. de fidejussoribus 8, 40 nicht beseitigt; denn diese bezieht sich nur auf passive Korrealobligationen. Aber das heutige Recht kennt keine Klagenkonsumtion mehr! Nichtsdestoweniger wird man die Prävention durch Klage nach wie vor entscheiden lassen. Sonst könnte der Schuldner beide Gläubiger in Schach halten, indem er erklärte, demjenigen, der nicht klage, zu zahlen. Wird aber der eine angebliche Korrealgläubiger abgewiesen, so kann der andere sein Forderungsrecht geltend machen. Alle diese Fragen sind jedoch höchst zweifelhaft.

2) Nach römischem Rechte ging die Forderung aller Korrealgläubiger unter, wenn der eine der Gläubiger dem Schuldner acceptoferirte, l. 18 § 12 D. de acceptilationibus 46, 4. Dagegen schadete ein pactum de non petendo des einen Korrealgläubigers dem anderen nichts, Paulus libro 3 ad edictum, l. 27 pr. D. de pactis 2, 14, l. 93 D. de solutionibus 46, 3. Doch ist dies sehr bestritten; vgl. Bangerow Bd. 3 § 373 S. 95.

3) l. 31 § 1 D. de novationibus 46, 2. Sehr bestritten ist freilich, wie sich

Korrealforderungen werden in den allermeisten Fällen in Folge eines Gesellschaftsvertrages begründet. Es kann ferner vorkommen, daß der eine der Gläubiger Mandatar des anderen ist, so daß ihm nur die volle Legitimation über die Forderung nach außen hin eingeräumt wird. Endlich ist denkbar, daß gar kein Verhältniß zwischen den Gläubigern besteht, indem z. B. „der Kirche zu X. oder zu Y." eine gewisse Summe vermacht ist, so daß dieselbe dem zukommt, welcher zuerst die Zahlung beitreibt oder zuerst klagt.

Von diesem s. g. inneren Verhältnisse hängt es ab, ob und wie weit derjenige Gläubiger, welcher die Schuld beitreibt oder Erfüllungssurrogate für sie annimmt, oder über sie in der Absicht des gänzlichen Erlasses quittirt, den anderen Korrealgläubigern erstattungspflichtig ist.[5]

Wird der eine der Korrealgläubiger rechtskräftig abgewiesen, so steht unserer Ansicht nach das Erkenntniß den anderen Gläubigern nicht entgegen, da das Urtheil nur zwischen den Parteien Rechtskraft macht.[6]

§ 75. Behandlung der Solidarobligationen im engeren Sinne.

Die Solidarobligationen im engeren Sinne sind so verschieden, daß eine allgemeine Theorie derselben nur in einzelnen Punkten aufzustellen ist.

Was insbesondere die passiven Solidarobligationen anlangt, so hebt die Zahlung, die Annahme an Zahlungsstatt, die gehörige öffentliche Deposition und durchgeführte Kompensation sämmtliche Solidarobligationen auf.[1] Anders, wenn der Gläubiger mit einem der Solidarschuldner novirt.[2] Denn hierin liegt eine Fortsetzung des

die l. 27 pr. D. de pactis 2, 14 hierzu verhält. Am meisten hat es für sich, anzunehmen, daß Paulus in den kritischen Schlußworten „idemque in duobus reis stipulandi dicendum est" nur sagen will, daß auch der Nachlaßvertrag des einen Korrealgläubigers dem anderen nicht schade, daß sich also diese Worte nur auf die Hauptfrage und nicht auf den beiläufig verhandelten Punkt, ob der argentarius noviren könne, beziehen. Vgl. Bangerow Bd. 3 § 573.

4) Konstitutum zu Gunsten eines Korrealgläubigers tilgte nach römischem Rechte den Anspruch des anderen Gläubigers, „quia loco ejus cui jam solutum haberi debet is cui constituitur." l. 10 D. de const. pec. 13, 5. Für das heutige Versprechen, zahlen zu wollen, kann dies nicht allgemein gelten, sondern nur bei Absicht der Novation.

5) l. 62 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2.

6) Vgl. oben § 73 no. 4 lit. e.

1) Das Recht, welches die l. 10 D. h. t. 45, 2 dem Korrealschuldner zugesteht, mit Gegenforderungen seines correus zu kompensiren — oben § 73 Anm. 10 —, ist bloßen Solidarschuldnern nicht zuzugestehen. So jetzt auch Mitteis in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 468.

2) Entscheidende Quellenzeugnisse existiren bezüglich dieser Frage nicht. Vgl. übrigens Mitteis in Grünhuts Zeitschrift Bd. 14 S. 455.

Rechtsverhältnisses in neuer Form, aber keine eigentliche Befriedigung. Auch Erlaß gegenüber dem einen der Solidarschuldner befreit in der Regel die anderen nicht.[3]

Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem der Solidarschuldner hat gegenüber den übrigen keine Bedeutung.[4 5]

Ob und wie weit zwischen den verschiedenen Solidarschuldnern ein Rückgriff besteht, wenn einer das Ganze zahlen mußte, läßt sich in allgemeiner Weise nicht bestimmen. Ist z. B. jemand bei verschiedenen Versicherern selbständig für denselben Schaden versichert und hat einer der Versicherer den ganzen Schadensersatz geleistet, so kann derselbe von dem anderen Versicherer nichts fordern.

Nach römischem Rechte hat auch, wer in Folge eines Deliktes mit Anderen haftbar ist, wenn er das Ganze zahlt, keinen Regreß gegen die übrigen Schädiger. Ob dies noch im heutigen Rechte anzunehmen ist, wird später erörtert werden.[6]

Zweites Kapitel.

Die Bürgschaft.

I. Geschichtliche Einleitung.

§ 76. Die Stipulationsbürgschaft.

Der Vertrag mit einem Gläubiger, wonach man sich zu dessen Sicherheit neben dessen Schuldner verbindet, ist Bürgschaft.[1] Ihm diente in Rom die Stipulation. Vor Justinian bestanden nebeneinander drei Formen für die Stipulationsbürgschaft.[2]

3) Daß man bei solidarischen Obligationen in der Regel auf eine beschränkte Wirkung des Erlasses schließt, hat seinen Grund darin, daß in der Regel der Berechtigte bei solchen Schuldverhältnissen nur den, mit dem er verhandelt, aber keineswegs Alle befreien will.

4) Anders bei passiven Korrealobligationen, vgl. oben § 73 Anm. 8.

5) Eine weitere Verschiedenheit der korrealen Obligationen und der bloß solidarischen liegt darin, daß bei den ersteren richtiger Ansicht nach eine gegenseitige Haftung für die Verschuldung des Mitschuldners besteht — oben § 73 Anm. 6 —, nicht aber bei den solidarischen Obligationen. Wenn Andere den hauptsächlichen Unterschied darin suchen, daß die res judicata bei den Solidarobligationen jus facit inter partes, bei den Korrealschulden inter omnes, so ist dieser Unterschied nicht begründet. Vgl. oben § 74 Anm. 1.

6) Hierüber das Nähere unten § 129.

1) Tit. Inst. de fidejussoribus 3, 20. Dig. de fidejussoribus et mandatoribus 46, 1. Cod. 8, 40. Litteratur: Girtanner, die Bürgschaft 1851; Hasenbalg, die

a) Die älteste war die „sponsio“ mit den Worten „idem spondes?“ Sie war nur römischen Bürgern zugänglich.

b) Eine spätere, auch den Peregrinen offengestellte Art war die „fidepromissio“ mit der Formel „idem fidepromittis?“

Diese beiden Arten der Verbürgung konnten nur Verbalobligationen dienen. Sie waren ferner in dem Sinne höchstpersönlich, daß sie auf die Erben des Bürgen nicht übergingen.

c) Die jüngste Art der Verbürgung war die „fidejussio“ mit der Formel „idem fide tua jubes?“ Sie stand Peregrinen offen. Sie verband auch die Erben des Bürgen. Sie konnte Obligationen jeder Art, selbst künftigen, für den Fall ihrer Entstehung hinzutreten.

Die Bürgschaft war in Rom ein Institut von großer socialer Bedeutung und selbst von politischer Wichtigkeit. Es galt als Ehrenpflicht der vornehmeren Klassen, für ihre Klienten als Bürgen einzutreten. In solcher Weise verschafften sie ihnen Kredit und fesselten sie zugleich an sich.[3] Dies befestigte den Einfluß der Aristokratie, war aber auch eine drückende, unter Umständen ruinöse Belastung für dieselbe. Um deswillen erließ man zur Zeit der Republik zahlreiche Volksgesetze, welche die Last mindern sollten.

Unter diesen Gesetzen ist besonders zu beachten die lex Furia bezüglich der sponsores und fidepromissores.[4] Sie verordnete Doppeltes. Einmal wurden solche Bürgen durch Ablauf von zwei Jahren befreit; dann theilte sich die Verpflichtung von Rechtswegen unter die mehreren Bürgen derselben Schuld. Die fidejussores unterstanden der lex Furia nicht, offenbar weil die fidejussio erst nach der lex Furia aufkam und daher durch ihren Wortlaut nicht getroffen wurde.

Im justinianischen Rechte waren die älteren Formen der Bürgschaft außer Gebrauch gekommen; es bestand nur noch die fidejussio.

Auch dieses Institut hatte einen strikten Charakter. Insbesondere

---

Bürgschaft 1870. Der zweite Theil des Buches von Girtanner S. 147 ff. enthält eine Dogmengeschichte der Bürgschaft im Mittelalter und in der neueren Zeit und damit reiche Litteraturangaben.

2) Das Nähere siehe bei Gajus Inst. III. § 115.

3) Vgl. oben Bd. 1 § 261; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 1 ff.

4) Vgl. über diese Gesetze Gaj. Inst. III. §§ 121 ff., siehe auch Lenel, edictum S. 168. Nur mit einem Worte sei noch hier der lex Cornelia gedacht, die wir billig Sulla zuschreiben, „qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia“ Gajus Inst. III. § 124.

war die fidejussio nichtig, wenn sie auf mehr oder Anderes ging als die Hauptschuld.

Wie verhielt sich die fidejussio zur Korrealschuld?

Die Neueren bezeichnen sie meist als eine Species der letzteren.[5] Hauptschuld und Bürgschaftsschuld sollen „eine einige" Obligation bilden,[6] hierfür wird vor Allem die gesammtzerstörende Wirkung der Litiskontestation mit einem der Schuldner in das Feld geführt. Daß dieser Grund nicht durchschlagend ist, ergiebt sich aus den früheren Ausführungen. Nirgends bezeichnen die Römer die fidejussio als eine Korrealschuld. Es handelt sich vielmehr trotz mancher Aehnlichkeit um verschiedene Dinge. Die Korrealschuldner sind Hauptschuldner, die Bürgen bloße Accessionen.

---

5) Siehe die bei Samhaber, Korrealschuld S. 170 Citirten. Dagegen ist u. A. Arndts § 350 Anm. 4, Czyhlarz in Grünhuts Zeitschrift Bd. 3 S. 102.

6) Häufig wird heutzutage gelehrt, der Bürgschaftsvertrag könne einen verschiedenen Inhalt haben. Es sei nämlich 1. möglich, daß der Bürge die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich nehme, damit begründe er nicht eine neue Verbindlichkeit für sich, sondern erstrecke die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich, indem er neben demselben Korrealschuldner werde. Solcher Art sei die römische fidejussio gewesen. 2. Der Bürge könne aber auch für sich eine besondere Verbindlichkeit übernehmen, und zwar auf eine Leistung, welche zum Inhalt die Verbindlichkeit des Hauptschuldners habe; er mache sich dann neben demselben zum bloßen Solidarschuldner. Dieser Willensrichtung entspreche das römische constitutum. S. u. A. Windscheid Bd. 2 § 576. Doch fügt Windscheid selbst hinzu, daß heutzutage das Bewußtsein der Parteien für diesen Gegensatz unempfindlich sei. „Die Parteien würden wohl regelmäßig sehr in Verlegenheit kommen, wenn sie Antwort auf die Frage geben sollten, ob sie wollen, daß diese Verbindlichkeit als solche auf den Bürgen übergehen solle oder daß für denselben eine besondere Verbindlichkeit zur Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners entstehen solle." Das meinen wir auch! Wir behaupten aber weiter gehend, der Gegensatz sei überhaupt aus der Luft gegriffen, er beruhe auf einem Scholasticismus, welcher den Römern ebenso fremd war als dem heutigen Rechtsverkehr. Was den Inhalt der Stipulationsbürgschaft ausmacht, das sagen uns die Formeln der Stipulationsbürgschaften „idem dare spondes?" Der Stipulationsbürge verspricht dasselbe wie der Hauptschuldner als Nebenschuldner. Daß er die Verbindlichkeit des Hauptschuldners auf sich erstrecke, daß er keine eigene Schuld übernimmt, von solchen Dingen ist nirgends die Rede. Seine Obligation ist anderer Natur wie die Hauptschuld, sie ist accessorisch. Wie kann sie also die Verbindlichkeit des Hauptschuldners sein. Daß es sich um eine besondere Verbindlichkeit, eine eigene Schuld des Bürgen handelt, sagt Gajus III. § 126 zu allem Ueberflusse „horum obligatio accessio est principalis obligationis". Die einzige Stütze des herrschenden Dogmas ist, so viel wir sehen, l. 1 § 8 D. de obligationibus et actionibus 44, 7. Gajus libro 2 aureorum: Sed aut proprio nomine quisque obligatur aut alieno: qui autem alieno nomine obligatur fidejussor vocatur, et plerumque ab eo, quem proprio nomine obligamus, alios accipimus, qui eadem obligatione teneantur. Durch die Hauptobligation wird auch der Bürge verhaftet! Natürlich; denn sie ist die Grundlage und Bedingung der von ihm übernommenen accessorischen Verbindlichkeit. Etwas Weiteres ist aus der Aeußerung von Gajus, welche keinesfalls ein Dogma formuliren wollte, nicht herauszulesen.

§ 77. Geschäfte mit Bürgschaftseffekt.

Mehrere Geschäftsformen, die an sich nicht zur Verbürgung bestimmt sind, lassen sich doch zu einer solchen benutzen. So geschieht heutzutage die Uebernahme von Wechselschulden auch behufs Verbürgung.[1] Bei den Römern konnte man das constitutum zu Bürgschaften verwenden; auch das Mandat dient heutzutage wie in Rom der Bürgschaft.

1. Beim Konstitut dachten die Römer zunächst an das Versprechen der Zahlung einer eigenen Schuld. In der Kaiserzeit gab man indessen die actio de pecunia constituta auch wenn die Zahlung fremder Schulden versprochen war — s. g. constitutum debiti alieni.[2]

Ein solches Versprechen geschah keineswegs immer zur Sicherstellung, es konnte auch Anderes, insbesondere Schuldübernahme bezwecken. Gewiß verbürgte man sich in der klassischen Zeit durch constitutum nur selten.[3] Denn man legte sich damit für den Fall der Nichtzahlung die Strafe der Hälfte des Streitobjektes auf den Nacken und verband sich zur Zahlung, auch wenn die Hauptschuld zur Zeit der Klage nicht mehr existirte, sofern sie nur zur Zeit des Konstitutes bestanden hatte.

Häufig war dagegen damals Verbürgung durch receptum.

Receptum war das *Versprechen eines Wechslers zur Zahlung für einen Geschäftsfreund* an einen Dritten — den Recepten, natürlich in der Regel auf *Anweisung* des Geschäftsfreundes. Meist war die Veranlassung des receptum, daß der Anweisende dem Recepten schuldete, dann hatte es den Charakter einer Verbürgung; aber wesentlich war die Existenz einer Schuld des Anweisenden für die Verpflichtung aus dem receptum nicht. Es konnte daher auch anderen Zwecken als denen der Verbürgung dienen.

---

1) Erfolgt eine in Wechselform — Indossament oder Accept — verkleidete Bürgschaft, so ist im Falle der Unwirksamkeit der Wechselverbindlichkeit die Bürgschaft erledigt, wenn sie nur durch den Wechsel geleistet werden sollte. Es können aber die Parteien eine zwiefache Verbürgung beabsichtigt haben, nämlich einmal eine wechselrechtliche und eventuell eine gewöhnliche. Daß solches vereinbart war, muß der Gläubiger beweisen. R.O.H.G. Bd. 2 S. 366, R.G. Bd. 4 S. 11.

2) Ueber constitutum und receptum siehe namentlich Lenel in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 15 S. 62, siehe auch Bekker ebendaselbst Bd. 16 S. 1, ferner Lenel, edictum S. 104 und 197. Vgl. über das constitutum überhaupt oben § 69.

3) Von dem constitutum debiti alieni handelte l. 5 §§ 2 und 3, sowie l. 2 D. de constituta pecunia 13, 5. Die bei Weitem meisten Stellen aber, welche in den Pandekten von einem constitutum debiti alieni sprechen, bezogen sich, wie Lenel aus den Inskriptionen nachgewiesen hat, ursprünglich auf das receptum. So namentlich l. 27, l. 28 und l. 12 D. de constituta pecunia 13, 5.

Justinian ließ das receptum in dem constitutum aufgehen.[4]

Im modernen Rechte kommt aber Verbürgung durch constitutum nicht vor. Zwar spielt in den Schriften und theoretischen Ausführungen der Neueren das constitutum als Verbürgungsform eine große Rolle. Aber es handelt sich nur um eine Scheinexistenz und bloße Floskeln. Wer die Schuld eines Anderen neben demselben zu zahlen verspricht, um den Gläubiger zu sichern, verbürgt sich, aber er konstituirt nicht im römischen Sinne. Er kann also namentlich nicht in Anspruch genommen werden, wenn die Schuld zur Zeit des Zahlungsversprechens bestand und nachher untergegangen ist.[5]

2. Häufig vorkommend ist der Kreditauftrag[6] — mandatum qualificatum — d. h. der einem Geldverleiher ertheilte Auftrag, einem Dritten zu kreditiren, sei es, daß zu diesem Zwecke eine neue Obligation begründet[7] oder eine bereits bestehende verlängert werden soll.[8]

Ein solcher Auftrag unterliegt den Grundsätzen des Mandates.

Er erlischt daher wie jedes andere Mandat, wenn der Auftraggeber den Auftrag vor seiner Ausführung zurücknimmt, oder wenn der Beauf-

---

4) Diese Verschmelzung geschah in der l. 2 C. de constituta pecunia 4,"18. Vgl. über diesen „gar nicht herb genug zu verurtheilenden Fehlgriff Justinians" Lenel, Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abth. Bd. 2 S. 62.

5) Was bei der Unterstellung des Versprechens der Bezahlung einer fremden Schuld unter das römische constitutum herauskommt, ergiebt sehr deutlich der Fall R.G. Bd. 10 S. 186. Der Unterrichter behandelte dasselbe als „Bürgschaftsversprechen in Form eines constitutum", hielt aber gleichwohl die Einrede für relevant, daß die Hauptschuld nach Ertheilung des Konstituts verjährt sei. Die Revision rügte dagegen, daß die l. 18 § 1 D. de pecunia constituta 13, 5 nicht beachtet sei, wonach der Konstituent verhaftet bleibt, „licet post constitutum dies temporalis actionis exierit". Dies war ohne Zweifel zutreffend, wenn das Versprechen ein Konstitut war. Dennoch wies das R.G. die Revision zurück, indem es die Ausführung des Berufungsrichters, daß die Bürgschaft in Konstitutsform übernommen war, als unwesentliche Bemerkung behandelte. Der Rechtsfall zeigt die Gefährlichkeit der Subsumtion unter juristische Begriffe, mit denen man Ernst nicht machen will noch kann.

6) Rothenberg, Kreditauftrag im Archiv für civ. Pr. Bd. 77 n. 12; Sokolowski, die Mandatsbürgschaft Halle 1891.

7) l. 6 § 4 D. mandati 17, 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Sejo intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro 7 digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus. § 6 I. de mandato 3, 26 ... adeo haec ita sunt, ut quaesitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut Titio pecuniam fenerares: sed optinuit Sabini sententia obligatorium esse in hoc casu mandatum, quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

8) l. 12 § 14 D. mandati 17, 1: Si post creditam pecuniam mandavero creditori credendam, nullum esse mandatum rectissime Papinianus ait. plane si, ut exspectares, nec urgeres debitorem ad solutionem, mandavero tibi, ut ei des intervallum, periculoque meo pecuniam fore dicam, verum puto omne nominis periculum ad mandatorem pertinere.

tragte ihn vorher kündigt (wobei ihn unzeitige Kündigung verantwortlich macht), oder wenn der Mandant oder der Mandatar vorher stirbt.

Alle diese Rechtssätze sind der wahren Bürgschaft fremd. Es ist daher ein Mißgriff, wenn manche Neuere das Kreditmandat einfach in der Bürgschaft aufgehen lassen wollen.[9]

Erst nach Ausführung des Kreditauftrages wird das Verhältniß einer Verbürgung ähnlich. Nunmehr läßt sich von einer Mandatsbürgschaft sprechen, denn jetzt hat der Geldverleiher außer dem Hauptschuldner in dem Auftraggeber einen Nebenschuldner. Dieser hat ihm in Folge der actio mandati contraria für alle Nachtheile einzustehen, welche ihm aus der Ausführung des Kreditauftrages erwuchsen, also namentlich für die Berichtigung des auf Grund desselben gegebenen oder verlängerten Darlehens.[10]

Dies bewirkte denn auch, daß wichtige positive Rechtssätze des Bürgschaftsrechtes auf das Kreditmandat ausgedehnt wurden.[11]

II. Das praktische Recht der Bürgschaft.

§ 78. Der Charakter der Bürgschaft.

An die Stelle der römischen fidejussio ist im gemeinen Rechte der formlose Bürgschaftsvertrag getreten.[1] Er hat den strikten Charakter des römischen vorbildlichen Institutes nicht bloß in der Form,

---

9) Daß der Kreditauftrag derzeit in der Bürgschaft aufgegangen sei, behauptet neuerdings vorzugsweise Arndts § 353 Anm. 3. Anderer Ansicht ist u. A. Girtanner S. 540. Die älteren Ansichten siehe dort S. 197, vgl. ferner die bei Arndts Citirten.

10) Wäre übrigens der Auftrag dahin gegangen, etwas einem Subjekte zu leisten, das sich auch nicht einmal naturaliter verbinden kann, so wäre die actio mandati contraria gleichwohl begründet, während ein Bürgschaftsgeschäft nichtig wäre.

11) Die Verwandtschaft von Kreditauftrag und Bürgschaft betont bereits Julianus libro 8 ad Ursejum Ferocem l. 32 D. mandati 17, 1 ... neque enim multo referre, praesens quis interrogatus fidejubeat an absens vel praesens mandet. Vgl. Sokolowski a. a. O. S. 77.

1) Sehr häufig behauptet man, daß der heutige Bürgschaftsvertrag auf einer „Verschmelzung" von constitutum und fidejussio beruhe, wobei man sich jedoch mehr an die fidejussio anzulehnen habe. Vgl. Girtanner S. 372 und Windscheid Bd. 2 § 476 Anm. 6. Bangerow dagegen Bd. 3 § 579 Ziff. 4 will beide Institute auch im heutigen Verkehrsrechte unterschieden wissen. „Wird," sagt er, „durch die Verbürgung ausschließlich die Sicherstellung des Gläubigers bezweckt, so müssen die Grundsätze der fidejussio zur Geltung kommen; sollen aber durch die Intercession noch andere Vortheile für den Gläubiger erreicht werden, so muß ein constitutum mit seinen Eigenheiten angenommen werden." Wir dagegen vertheidigen, daß nur die Stipulationsbürgschaft eigentliche Bürgschaft in Rom war, daß das römische constitutum unserem Verkehr fremd ist. Uns ist daher die Bürgschaft einzig die freier entwickelte fidejussio der Römer.

sondern auch in seinem Wesen abgestreift und *unterſteht durchweg den Grundſätzen der Billigkeit.*

Da der Vertrag formlos ist, so genügt jede Vereinbarung über Verbürgung, mag nun die Rede von „verbürgen" sein oder „fremde Schuld zahlen" oder „als Bürge eintreten", oder mögen andere Wendungen gebraucht sein.

1. Die Bürgschaft ist als bloße Sicherheit *Acceſſion* der Hauptschuld. Auch wer sich als „*Selbſtſchuldner*" verbürgt, ist bloß acceſſoriſch verbunden. Denn dies heißt nur, *daß der Bürge auf die Einrede der Vorausklage und der Theilung verzichtet.*

Die Bürgschaftsschuld kommt als bloße Acceſſion nicht zu Stande, wenn die verbürgte Schuld zur Zeit der Verbürgung nichtig oder durch peremptoriſche Exception unwirksam war;[2] sie erlischt, wenn die Hauptschuld durch Tilgung ipso jure oder mittels Exception ihr Ende findet. Eine natürliche Verbindlichkeit kann aber verbürgt werden.[3] Gültig ist ferner die Bürgschaft für *künftige Verbindlichkeiten*, selbst wenn sie nur generell bezeichnet sind, ſ. g. Kreditbürgschaften, z. B. für die aus einem bestimmten Geschäftsverkehr inskünftige sich entwickelnden Verbindlichkeiten.[4]

Die Römer erachteten es als unvereinbar mit dem acceſſoriſchen Charakter der Stipulationsbürgschaft, wenn der Inhalt der Bürgschaftsschuld und der Hauptschuld nicht völlig übereinstimmten. Auf weniger konnte zwar eine Bürgschaft gehen. Dagegen war die fidejussio auf Anderes[5] oder mehr oder unter läſtigeren Bedingungen als die Hauptschuld total nichtig.[6]

---

2) l. 29, l. 47 pr., l. 56 pr., l. 70 § 4 D. h. t. 46, 1, siehe weiter bezüglich irrthümlicher Verbürgung für eine verjährte Forderung l. 37 D. h. t. Höchst bestritten ist die Erklärung von l. 25 D. h. t. 46, 1 Ulpianus libro 11 ad edictum: Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fidejusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit. Derſelbe Ulpian entscheidet libro 1 ad Sabinum l. 6 D. de verb. obl. 45, 1: Is, cui bonis interdictum est, non potest promittendo obligari: et ideo nec fidejussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso. Die verschiedenen, zum Theile abenteuerlichen Vereinigungsverſuche siehe bei Girtanner S. 21, Hasenbalg S. 93, Brinz Bd. 2 § 255 Anm. 24. Nach unſerer Ansicht bezog sich die l. 25 urſprünglich auf das „receptum", vgl. oben § 77 Anm. 3, zu deſſen Verbindungskraft keine Hauptschuld nöthig war; durch eine gedankenloſe Interpolation, welche fidejusserit an die Stelle von receperit ſetzte, ist dann der Widerſpruch entstanden.

3) l. 6 § 2, l. 7, l. 16 § 3, l. 60 D. h t. 46, 1.

4) l. 6 § 2 D. h. t. 46, 1. Der Schuldner einer auf unbeſtimmte Zeit geschloſſenen Kreditbürgschaft darf nach Verlauf eines den Umſtänden nach abzumeſſenden Zeitraums die Kreditbürgschaft kündigen. R.O.H.G. Bd. 19 S. 110.

5) l. 42 D. h. t. Eine Modifikation siehe jedoch in l. 70 § 2 D. eod.

6) l. 8 § 7 D. h. t. Illud commune est in universis, qui pro aliis obli-

Das heutige Bürgschaftsrecht ist freier.[7] Es genügt, daß es sich um dieselbe Vermögenspost handelt. Daher kann das specifische Objekt der Bürgschaftsschuld und der Hauptschuld ein verschiedenes sein, z. B. auf Geld statt auf Waare lauten. Dem Bürgen können auch härtere Bedingungen als dem Hauptschuldner auferlegt werden. Es kann endlich der Bürge selbst mehr als der Hauptschuldner schulden, sofern das Ueberschießende als Entschädigung aufgefaßt werden kann.[8] Mindestens aber schuldet der Bürge, welcher mehr als der Hauptschuldner versprach, den Betrag der Hauptschuld.

2. Mit der accessorischen Natur der Bürgschaft ist nicht zu identificiren ihre Subsidiarität, wonach der Bürge erst angegriffen werden kann, wenn der Gläubiger vom Hauptschuldner nichts mehr erlangen kann. Sie war dem älteren römischen Rechte völlig unbekannt und wurde erst durch die Rechtswohlthat der Vorausklage, welche Justinian schuf, Regel des Bürgschaftsrechtes.

3. Eigenthümlich sind dem Bürgschaftsrechte wichtige Rechtswohlthaten, welche die Stellung des Bürgen erleichtern. Der Bürge hat im justinianischen Rechte

a) das beneficium excussionis, s. g. Recht der Vorausklage,

b) das beneficium cedendarum actionum, d. h. Anspruch auf Abtretung der Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und andere Bürgen im Falle der Abzahlung der Schuld,

c) das beneficium divisionis, das Recht des Bürgen auf Theilung der Klage unter die Mitbürgen.[9]

§ 79. Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen.

1. In welchem Umfange der Bürge haftet, ergiebt sich in erster Linie aus dem Bürgschaftsvertrage. Im Zweifel aber übernimmt er volle Verbürgung — in omnem causam[1] — d. h. die Haftung für

gantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari: in leviorem plane causam accipi possunt. Siehe weiter § 8 D. eod. und die folgenden §§.

7) Ueber die historische Entwickelung dieses Satzes seit dem Mittelalter siehe Girtanner S. 171.

8) Vgl. Windscheid Bd. 2 § 477 Anm. 23.

9) Das römische Recht untersagt den Soldaten Bürgschaften für Pachtungen l. 31 C. de locato 4, 65, desgleichen Geistlichen für Leistungen an den Fiskus, Pachtungen, Prozeßführung nov. 123 cap. 6; vgl. Girtanner S. 143, 283, 368; Hasenbalg S. 224. Diese Bestimmungen sind nicht mehr praktisch. Ueber Interceſſionen der Frauen s. unten § 83.

1) Ueber die fidejussio in omnem causam vgl. namentlich l. 54 pr. D. locati 19, 2. Paulus libro 5 responsorum, wo bezüglich der Verzugszinsen ausgeführt

Alles, was der Hauptschuldner in dem Augenblicke, in welchem die Bürgschaft geltend gemacht wird, aus dem verbürgten Geschäfte zu leisten hat.[2] Er steht daher für die Folgen des Verzuges und der Verschuldung des Hauptschuldners und für gesetzliche Zinsen ein.[3] Dagegen sind Vertragszinsen, Konventionalstrafen und andere auf *besonderen Vereinbarungen* beruhende Verbindlichkeiten nur dann mitversichert, wenn die Verbürgung besonders auf sie erstreckt wurde.[4]

Der Bürge haftet für den Hauptschuldner. Er hat daher dessen *Einreden* geltend zu machen, mögen sie nun vor oder nach der Verbürgung entstanden sein. Nicht einmal ein Verbot des Hauptschuldners kann ihm dies Recht nehmen. Immerhin ist die Befugniß nichts Ausnahmsloses:

a) Einige Exceptionen kommen nur solchen Bürgen zu Gute, welche einen *Rückgriff* gegen den Hauptschuldner hätten, wenn sie zahlen müßten. Dahin gehört die exceptio S. C. Macedoniani.[5]

---

wird ... cum fidejussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fidejussisset: „in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?“ vel ita „indemnem me praestabis?“

2) Daß die Bürgschaft im Zweifel in omnem causam sei, entspricht den Zwecken, weswegen Bürgschaften eingegangen werden. Denn wer Kredit auf Bürgschaft giebt, will in der Regel, daß ihm gesichert sei, was er künftig zu fordern hat. Diese Auffassung hat sich namentlich bei Paulus, welcher sich vorzugsweise mit der Frage beschäftigte, herausgebildet. Insbesondere führt dieser Jurist libro 17 ad Plautium l. 91 § 4 D. de verb. obl. 45, 1 die Verhaftung des Bürgen für die Verschuldung und den Verzug des Hauptschuldners darauf zurück, „*quia* in totam causam sponderunt“. In derselben Weise spricht er sich in der l. 56 § 2 D. de fidejussoribus 46, 1, die unten Anm. 3 abgedruckt ist, aus: siehe übrigens auch l. 68 § 1 D. de fidejussor. 46, 1. — Die Meinungen der Neueren über die Frage sind sehr getheilt. Viele nehmen an, daß der Bürge in der Regel nicht für Zinsen hafte, die aus dem Verzuge des Hauptschuldners erwuchsen. So Hasenbalg a. a. O. S. 267. Mit der hier vertheidigten Ansicht übereinstimmend ist dagegen Windscheid Bd. 2 § 477 Anm. 26. Auch für die Kosten der Ausklagung des Hauptschuldners hat der Bürge in der Regel aufzukommen, sofern ihm die Einrede der Vorausklage zukam.

3) Haftet der Bürge, wenn sich aus dem Geschäfte, für welches er eintrat, Verbindlichkeiten anderen Charakters, als beabsichtigt war, entwickelten? Dies bejaht Paulus libro 15 quaestionum l. 56 § 2 D. de fidejussoribus 46, 1: Si nummos alienos quasi tuos mutuos dederis sine stipulatione, nec fidejussorem teneri Pomponius ait: quid ergo, si consumptis nummis nascatur condictio? puto fidejussorem obligatum fore: in omnem enim causam acceptus videtur, quae ex ea numeratione nasci potest. Vgl. l. 54, l. 60 D. de fidejussoribus 46, 1; Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 550.

4) Dies ergiebt mehr die Natur der Sache, als daß die hierfür angeführten Stellen vollbeweisend wären. Es sind dies l. 10 pr. C. h. t. 8, 40, l. 9 C. quod cum eo 4, 26, l. 68 pr. D. h. t. 46, 1.

5) In der neueren Litteratur ist die Ansicht überwiegend, daß in der Regel jeder Bürge, nicht bloß der regreßberechtigte, die Exceptionen des Hauptschuldners geltend machen könne, daß sich dies Recht also aus der accessorischen Natur der Bürgschaft ergebe. Vgl. Bangerow Bd. 3 § 578 Anm. 2, Windscheid Bd. 2 § 477

Das heutige Bürgschaftsrecht ist freier.[7] Es genügt, daß es sich um dieselbe Vermögenspost handelt. Daher kann das specifische Objekt der Bürgschaftsschuld und der Hauptschuld ein verschiedenes sein, z. B. auf Geld statt auf Waare lauten. Dem Bürgen können auch härtere Bedingungen als dem Hauptschuldner auferlegt werden. Es kann endlich der Bürge selbst mehr als der Hauptschuldner schulden, sofern das Ueberschießende als Entschädigung aufgefaßt werden kann.[8] Mindestens aber schuldet der Bürge, welcher mehr als der Hauptschuldner versprach, den Betrag der Hauptschuld.

2. Mit der accessorischen Natur der Bürgschaft ist nicht zu identificiren ihre Subsidiarität, wonach der Bürge erst angegriffen werden kann, wenn der Gläubiger vom Hauptschuldner nichts mehr erlangen kann. Sie war dem älteren römischen Rechte völlig unbekannt und wurde erst durch die Rechtswohlthat der Vorausklage, welche Justinian schuf, Regel des Bürgschaftsrechtes.

3. Eigenthümlich sind dem Bürgschaftsrechte wichtige Rechtswohlthaten, welche die Stellung des Bürgen erleichtern. Der Bürge hat im justinianischen Rechte

a) das beneficium excussionis, s. g. Recht der Vorausklage,

b) das beneficium cedendarum actionum, d. h. Anspruch auf Abtretung der Klage des Gläubigers gegen den Hauptschuldner und andere Bürgen im Falle der Abzahlung der Schuld,

c) das beneficium divisionis, das Recht des Bürgen auf Theilung der Klage unter die Mitbürgen.[9]

§ 79. Rechte des Gläubigers gegen den Bürgen.

1. In welchem Umfange der Bürge haftet, ergiebt sich in erster Linie aus dem Bürgschaftsvertrage. Im Zweifel aber übernimmt er volle Verbürgung — in omnem causam[1] — d. h. die Haftung für

---

gantur, quod, si fuerint in duriorem causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari: in leviorem plane causam accipi possunt. Siehe weiter § 8 D. und und die folgenden §§.

7) Ueber die historische Entwickelung dieses Girtanner S. 171.

8) Vgl. Windscheid Bd. 2 § 477 A

9) Das römische Recht untersagt be C. de locato 4, 65, desgleichen Geistli Prozeßführung nov. 123 cap. 6; vgl. Diese Bestimmungen sind nicht m s. unten § 83.

1) Ueber die fidejussio in c 19, 2. Paulus libro 5 respons

Alles, was der Hauptschuldner in dem Augenblicke, in welchem die Bürgschaft geltend gemacht wird, aus dem verbürgten Geschäfte zu leisten hat.[2] Er steht daher für die Folgen des Verzuges und der Verschuldung des Hauptschuldners und für gesetzliche Zinsen ein.[3] Dagegen sind Vertragszinsen, Konventionalstrafen und andere auf *besonderen Vereinbarungen* beruhende Verbindlichkeiten nur dann mitversichert, wenn die Verbürgung besonders auf sie erstreckt wurde.[4]

Der Bürge haftet für den Hauptschuldner. Er hat daher dessen *Einreden* geltend zu machen, mögen sie nun vor oder nach der Verbürgung entstanden sein. Nicht einmal ein Verbot des Hauptschuldners kann ihm dies Recht nehmen. Immerhin ist die Befugniß nichts Ausnahmsloses:

a) Einige Exceptionen kommen nur solchen Bürgen zu Gute, welche einen *Rückgriff* gegen den Hauptschuldner hätten, wenn sie zahlen müßten. Dahin gehört die exceptio S. C. Macedoniani.[5]

---

wird ... cum fidejussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum, ac si ita fidejussisset: „in quantum illum condemnari ex bona fide oportebit, tantum fide tua esse jubes?“ vel ita „indemnem me praestabis?“

2) Daß die Bürgschaft im Zweifel in omnem causam sei, entspricht den Zwecken, weswegen Bürgschaften eingegangen werden. Denn wer Kredit auf Bürgschaft giebt, will in der Regel, daß ihm gesichert sei, was er künftig zu fordern hat. Diese Auffassung hat sich namentlich bei Paulus, welcher sich vorzugsweise mit der Frage beschäftigte, herausgebildet. Insbesondere führt dieser Jurist libro 17 ad Plautium l. 91 § 4 D. de verb. obl. 45, 1 die Verhaftung des Bürgen für die Verschuldung und den Verzug des Hauptschuldners darauf zurück, „quia in totam causam sponderunt“. In derselben Weise spricht er sich in der l. 56 § 2 D. de fidejussoribus 46, 1, die unten Anm. 3 abgedruckt ist, aus: siehe übrigens auch l. 68 § 1 D. de fidejussor. 46, 1. — Die Meinungen der Neueren über die Frage sind sehr getheilt. Viele nehmen an, daß der Bürge in der Regel nicht für Zinsen hafte, die aus dem Verzuge des Hauptschuldners erwuchsen. So Hasenbalg a. a. O. S. 267. Mit der hier vertheidigten Ansicht übereinstimmend ist dagegen Windscheid Bd. 2 § 477 Anm. 26. Auch für die [illegible] Ausklagung des Hauptschuldners hat der Bürge in der Regel [illegible] n die Einrede der Vorausklage zustam.

3) Haftet d[illegible] Geschäfte, für welches er eintrat, Verpflichtet war, entwickelten? Dies bejaht [illegible] de fidejussoribus 46, 1: Si nummo[illegible] pulatione, nec fidejussorem [illegible] amis nascatur condictio? pa[illegible] causam acceptus videtur. [illegible] 60 D. de fidejussoribus 46, [illegible]

Sache, als daß die hierfür [illegible] l. 10 pr. C. h. t. 8, 40. [illegible]

die Ansicht überwiegend, daß [illegible] Exceptionen der [illegible]

b) Es giebt höchst *persönliche* Einreden, welche nur dem Hauptschuldner, nicht aber seinem Bürgen zustehen. Dahin gehört die Einrede der Kompetenz.[6] Auch können sich die Bürgen eines Gemeinschuldners nicht auf den zu jenes Gunsten geschlossenen Zwangsvergleich berufen.[7]

2. Nach klassischem römischen Rechte hatte der nichtbefriedigte Gläubiger die Wahl, ob er den Bürgen oder den Hauptschuldner belangen wollte. Hatte er aber einmal mit *Einem* die Litiskontestation vorgenommen, so war seine Klage *gegen alle Schuldner* konsumirt, auch wenn er vom Beklagten nichts beitreiben konnte.

Dies war für die Gläubiger sehr verfänglich. Man half sich daher auf Umwegen. Man griff zur *Mandatsbürgschaft*, bei welcher solche Konsumtion nicht eintrat, oder zur *Schadlosbürgschaft* — fidejussio indemnitatis —, welche dadurch *bedingt* ist, daß der Gläubiger bei Beitreibung des Hauptschuldners einen *Ausfall* erlitten hat, also sogar vorgängige Rechtsverfolgung gegen diesen *voraussetzt*.[8]

Justinian aber hob die *gesammtzerstörende Wirkung der Litiskontestation bei der Bürgschaft wie bei der Korrealschuld auf*.[9]

Schließlich gab er dem Bürgen — in der Nov. 4 cap. 1 — das Recht der *Vorausklage* — beneficium excussionis —, *wonach der Hauptschuldner durchexequirt sein muß, ehe der Bürge in Anspruch genommen werden kann*.[10]

Anm. 6, Brinz Bd. 2 S. 187. Jedoch giebt es auch abweichende Meinungen, siehe Bangerow a. a. O. Was die Quellen anlangt, so scheint *die ältere Doktrin* der Römer die Exceptionen des Hauptschuldners nur den *regreßberechtigten Bürgen* zugestanden zu haben. Ihr entsprach es, daß Cassius dem Bürgen die exceptio S. C. Vellejani nur dann gewährte, „si a muliere rogatus esset", wenn ihm also die Mandatsklage gegen die Hauptschuldnerin zustand. — Julian aber gestand die Exception jedem Bürgen zu, *auch wenn er keinen Regreß* gegen die Hauptschuldnerin hatte, „quia totam obligationem improbat senatus", l. 16 § 1 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1. Den Regreß macht noch zum Fundament des Anspruches auf die Exceptionen des Hauptschulders § 4 I. de replicationibus 4, 14. Aber an anderen Orten werden die Einreden doch jedem Bürgen ohne weiteres zugestanden. So insbesondere die Kompensationseinrede in l. 4 und l. 5 D. de compensationibus 16, 2. Und ganz allgemein spricht Paulus in der l. 7 § 1 D. de exceptionibus 44, 1 aus, daß rei cohaerentes exceptiones etiam *fidejussoribus* competunt, ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Dies ist als jüngstes Recht anzusehen. Immerhin hielt man für einzelne Exceptionen den Regreß als Bedingung fest. So Ulpian für die exceptio S. C. Macedoniani in l. 9 § 3 D. de S. C. Macedoniano 14, 6 und die exceptio pacti in l. 32 D. de pactis 2, 14, l. 5 pr. D. liberatione legata 34, 3.

6) l. 7 pr. D. de exceptionibus 44, 1.

7) K.O. § 178 am Ende, vgl. l. 58 § 1 D. mandati 17, 1 § 4 I. de replicationibus 4, 14.

8) l. 116 D. de verb. obl. 45, 1, l. 41 D. h. t. 46, 1.

9) l. 28 C. de fidejussoribus 8, 40.

10) Vgl. Unger in Iherings Jahrb. Bd. 29 n. 1.

Es ist dies Rechtswohlthat des Bürgen, keine Bedingung der Bürgschaftsschuld an sich; es begründet also eine Einrede, keine Klagbedingung. Immerhin hat der Gläubiger ihr gegenüber die vorgängige gehörige Betreibung des Hauptschuldners zu erweisen, denn die Beweismittel hierfür müssen in seiner Hand sein.

So billig die Rechtswohlthat erscheint, so kann sie doch leicht zu Prozeßverschleppung und Chikane mißbraucht werden. Dem suchen Ausnahmen zu begegnen. Solche begründen:

a) Abwesenheit des Hauptschuldners, welche seiner Belangung vor dem Bürgen erhebliche Schwierigkeiten entgegenstellt,[11]

b) Ableugnung der Bürgschaftschuld durch den Bürgen,[12]

c) Eröffnung des Konkurses über den Hauptschuldner,[13]

d) Notorische Mittellosigkeit desselben,

e) Verzicht des Bürgen auf die Einrede; solcher Verzicht wird namentlich in der Verbürgung als Selbstschuldner gesehen.[14]

f) Die Einrede fällt weg bei Verbürgung für Handelsgeschäfte und wenn sie selbst ein Handelsgeschäft bildet,[15] sowie

g) bei der Bürgschaft zur Sicherung eines Zwangsvergleiches.[16]

Eine strengere Subsidiarität tritt durch Verbürgung für den Ausfall ein. Hier ist die subsidiäre Haftung Vertragsbedingung, nicht bloße Rechtswohlthat. Der Schadlosbürge kann namentlich noch nicht in Anspruch genommen werden, wenn der Konkurs über den Hauptschuldner ausbricht, es ist vielmehr dessen Beendigung abzuwarten.

3. Die Bürgschaftsschuld kann durch Nachbürgen oder After-

---

11) Was die Novelle unter Abwesenheit versteht, darüber gehen die Ansichten auseinander. Häufig behauptet man, daß der Hauptschuldner als abwesend anzusehen sei, wenn er sich in einem anderen Untergerichtsbezirke befinde wie der Gläubiger, während der Bürge dort zu belangen sei, vgl. Girtanner S. 441, Windscheid Bd. 2 § 478 Anm. 2. Soll dies aber auch gelten, wenn der Hauptschuldner sich am vertragsmäßigen Erfüllungsorte befindet? Und wie, wenn Bürge und Hauptschuldner beide an drittem Orte wohnen? Das R.G. Bd. 6 S. 156, im Wesentlichen von dem hier vertretenen Gedanken ausgehend, nimmt an, daß der Hauptschuldner als anwesend zu betrachten ist, wenn er innerhalb des deutschen Reiches wohnt.

12) Es beruht dies auf usueller ausdehnender Interpretation der l. 10 § 1 D. h. t. 46, 1.

13) Dies ist Streitfrage. Vgl. u. a. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 385, Windscheid Bd. 2 § 478 Anm. 4 und dort Citirte. Hierfür ist auch R.G. Bd. 4 S. 123.

14) Ueber die Verschiedenheit der selbstschuldnerischen Bürgschaft und einer Korrealschuld vgl. R.O.H.G. Bd. 20 S. 47.

15) H.G.B. Art. 281 Abs. 1.

16) K.O. § 179.

bürgen, wie durch Pfand versichert werden. Solche Nachbürgschaft ist zunächst Accession der Vorbürgschaft und nur mittelbar der Hauptschuld.[17] Sie ist daher kraftlos, wenn die Vorbürgschaft ungültig ist, auch wenn die Hauptschuld rechtsbeständig und noch nicht getilgt ist. Der Nachbürge kann aber fordern, daß vor ihm nicht bloß der Vorbürge, sondern an erster Stelle der Hauptschuldner belangt wird, da er die Einreden des Vorbürgen geltend zu machen hat. Auch hat er in der Regel nicht bloß Rückgriff gegen den Vorbürgen, für den er direkt intercedirte, sondern auch gegen den Hauptschuldner, wenn er für ihn zahlte.

§ 80. Rechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner.

Nach altem Rechte stand dem sponsor, welcher die Bürgschaftsschuld zahlte, eine eigene, besonders bevorzugte Klage — die actio depensi — gegen den Hauptschuldner zu, wenn dieser ihm die ausgelegte Summe nicht rechtzeitig ersetzte.[1] Eine derartige Regreßklage des Bürgen gegen den Hauptschuldner auf Grund der Zahlung ist dem jüngsten Recht nicht bekannt.

1. Es erhalten die Bürgen vielmehr nur Klagen auf Grund des Rechtsverhältnisses, welches die Bürgschaft hervorrief.

In der Regel wird man Bürge auf Ansuchen oder doch in Gemäßheit des Willens des Schuldners, also in dessen Auftrag als Mandatar;[2] als solcher nimmt man seinen Regreß mit der a. mandati contraria.

Indessen kann der Bürge auch unaufgefordert für den Schuldner eintreten. Dann steht ihm die actio negotiorum gestorum offen, sofern deren allgemeine Voraussetzungen vorhanden sind. Dies ist nicht der Fall, wenn sich der Bürge gegen das Verbot des Hauptschuldners eingemischt hat.[3]

---

17) l. 8 § 12 D. h. t. 46, 1, l. 27 § 4 D. eod. Ulpianus libro 22 ad edictum: Si fidejussor fuerit principalis et fidejussor fidejussoris, non poterit desiderare fidejussor, ut inter se et eum fidejussorem, pro quo fidejussit, dividatur obligatio: ille enim loco rei est. Nec potest reus desiderare, ut inter se et fidejussorem dividatur obligatio. Goldschmidt, Haupt- und Nachbürge in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 345.

1) Die actio depensi war durch die lex Publilia dem sponsor gegeben, wenn er nicht innerhalb 6 Monaten von dem Hauptschuldner Deckung erhielt, Gajus Inst. III. § 127, IV. § 22.

2) l. 6 § 2 D. mandati 17, 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si passus sim, aliquem pro me fidejubere vel alias intervenire, mandati teneor et, nisi pro invito quis intercesserit aut donandi animo aut negotium gerens, erit mandati actio. R.O.H.G. Bd. 11 S. 3

3) l. 20 § 1 D. mandati 17, 1, l. 40 D. eod. Paulus libro 9 ad edictum: Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum

Keine Regreßansprüche endlich hat, wer sich donandi animo verbürgte, d. h. in der Absicht, im Falle einer Zahlung von dem Hauptschuldner nichts zu fordern. Natürlich auch nicht, wer nur formell und nach außen als Bürge auftrat, aber in Wahrheit beim Geschäfte der Hauptbetheiligte ist.

Die actio mandati und die negotiorum gestorum contraria des Bürgen haben folgenden Inhalt:

a) Hat der Bürge den Gläubiger aus seinen Mitteln befriedigt, sei es durch Zahlung, Angabe an Zahlungsstatt, Kompensation oder Novation, so kann er Erstattung der Auslage fordern. Hat ferner der Gläubiger die Schuldsumme erlassen, *um dem Bürgen zu schenken*, so kann dieser Erstattung des erlassenen Betrages vom Hauptschuldner fordern, obgleich er nichts ausgelegt hat.[4]

b) Dem Bürgen steht, ehe er *zahlt*, Klage auf *Befreiung* gegen den Hauptschuldner zu, wenn er bereits verurtheilt ist, ferner, wenn der Schuldner die Tilgung seiner Schuld ungebührlich lange hinausschiebt oder anfängt, sein Vermögen zu verthun.[5]

Die *Regreßansprüche des Bürgen* können ihm durch Bürgen versichert sein, s. g. *Rückbürgen*.

2. Der Bürge hat das s. g. beneficium cedendarum actionum,[6] d. h. er kann das Geschuldete zurückhalten, bis ihm der Gläubiger seine Ansprüche gegen den Hauptschuldner mit deren Accessionen cedirt. Ja er kann dies Recht noch geltend machen, nachdem er bereits *gezahlt* hat.[7][8]

---

gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur.

4) l. 10 § 13 D. mandati 17, 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si fidejussori donationis causa acceptum factum sit a creditore, puto, si fidejussorem remunerari voluit creditor, habere eum mandati actionem; vgl ferner l. 11, 12 pr. §§ 1 und 2 D. eod. — Steht dem Schuldner ein Befreiungsgrund zur Seite und zahlte der Bürge *unwissentlich*, so kann er gleichwohl Regreß nehmen, wenn ihm keine Schuld zur Last fällt, l. 10 § 12, l. 29 pr. ff. D. eod. Ueber den Fall der Verurtheilung des Bürgen injuria judicis siehe l. 67 D. h. t. 46, 1 und l. 10 C. mandati 4, 35.

5) l. 38 § 1 D. mandati 17, 1, l. 10 C. eod. 4, 35.

6) Friedrich Keil, z. L. v. d. beneficium cedendarum actionum. Halle 1880, gute Inauguraldissertation.

7) Im Falle des *Kreditauftrages* versteht sich die Verpflichtung des Geldverleihers, dem Kreditmandanten die Klage gegen den Schuldner zu cediren, nach den Grundsätzen des Mandates von selbst, l. 27 § 5 D. mandati 17, 1, l. 28 D. eod. Denn der Mandatar muß dem Mandanten erstatten, was er in Folge des Mandates erlangte. Aber auch bei der Bürgschaft hat das Bedürfniß einer angemessenen Regulirung der Verhältnisse zum beneficium cedendarum actionum geführt, trotzdem daß man hiermit der juristischen Gestaltung Gewalt anthat. Am weitesten ging Paulus libro 14 ad Plautium l. 36 D. de fidejussoribus 46, 1: Cum is qui et

War also die Zahlung der Bürgschaftsschuld verlangt und war solche geleistet, so wird sie wie Kaufgeld für den Erwerb der Forderung behandelt.

§. 81. Verhältniß mehrerer Bürgen.

Haben Mehrere dieselbe Schuld verbürgt, so haftet jeder der Bürgen solidarisch, also auf das Ganze.[1]

Auch hatte der Bürge, welcher zahlte, gegen die Mitbürgen, die er befreite, ursprünglich keinen Regreß und hieran hielt man grundsätzlich auch später fest.[2]

---

reum et fidejussores habens ab uno ex fidejussoribus accepta pecunia praestat actiones, poterit quidem dici nullas jam esse, cum suum perceperit et perceptione omnes liberati sunt. sed non ita est: non enim in solutum accipit, sed quodammodo nomen debitoris vendidit, et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones. Paulus giebt also dem Bürgen das Recht auf Cession, auch wenn er bereits ohne Vorbehalt gezahlt hat, dagegen fordert Modestinus in der l. 76 D. de solutionibus 46, 3 noch einen Vorbehalt vor der Zahlung. Man wird sich der Ansicht von Paulus als der zweckmäßigeren anzuschließen haben. Dies entspricht auch der überwiegenden Praxis; doch sind die Meinungen getheilt. Die ältere Litteratur giebt Girtanner S. 217 an, vgl. ferner Hasenbalg S. 414 sowie R.G. Bd. 18 S. 235.

8) Windscheid Bd. 2 § 481 Anm. 7 behauptet, der Bürge habe das beneficium cedendarum actionum nur „soweit er einen Rückgriff gegen den Hauptschuldner habe". Er giebt zu, daß diese Beschränkung in den Quellen nicht hervorgehoben werde, hält sie aber aus inneren Gründen für unzweifelhaft. Dies ist nicht richtig, vor allem nicht in dem Falle, in welchem der Bürge gegen Verbot des Hauptschuldners intervenirte. Denn wenn er dann keine actio negotiorum gestorum contraria hat, so kann dies seinem Rechte auf Klagencession nicht entgegenstehen. Es ist aber überhaupt zu sagen, daß der Gläubiger die Klagen zu cediren hat, ohne daß er daraus einen Einwand erheben kann, daß der Bürge — weil er etwa donandi animo intercedirte oder selbst materiell der Betheiligte ist — von der actio cessa dem Hauptschuldner gegenüber keinen Gebrauch machen kann. Diese Dinge sind vielmehr zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner zu verhandeln, welcher der actio cessa unter solchen Voraussetzungen eine exceptio entgegenstellen kann. Eine weitere Frage ist, ob der Bürge, welcher den Gläubiger in Folge Erlasses oder Vergleiches mit einer geringeren Summe abgefunden hat und dennoch die Forderung gegen den Hauptschuldner voll cedirt erhielt, auf deren vollen Betrag klagen kann. Hiermit vorzugsweise beschäftigt sich die Abhandlung von Keil — oben Anm. 6. Das Richtige ist, daß der Hauptschuldner der actio cessa gegenüber einen Einwand erheben kann, weil sich der Bürge nicht auf seine Kosten bereichern soll, und nur dann greift derselbe nicht ein, wenn der Gläubiger dem Bürgen schenken wollte. — Vermöge der Klagencession gehen auf den Bürgen auch die Vorrechte und Sicherheiten der Forderung gegen den Hauptschuldner über, vgl. freilich oben § 51 Anm 6. Dies jedoch nur so weit, als der Gläubiger keinen Schaden leidet. Wenn daher ein Gläubiger für mehrere Forderungen ein Pfandrecht hat und für eine derselben einen Bürgen, so ist er dem zahlenden Bürgen zur Abtretung seines Pfandrechtes nur dann verpflichtet, wenn seine gesammten pfandrechtlich versicherten Forderungen getilgt werden. l. 2 § 1 C. h. t. 8, 40, siehe auch R.G. Bd. 3 S. 183.

1) l. 3 § 2 C. h. t. 8, 40, § 4 J. fidejussoribus 3, 20 unten Anm. 3.

2) § 4 J. h. t. 3, 20, l. 39 D. eod. 46, 1, l. 11 pr. C. h. t.

Zwei Rechtswohlthaten bewirken gleichwohl Vertheilung der Last.

1. Vermöge des Rechtes auf Theilung — beneficium divisionis —, welches Hadrian Fidejussoren und Mandatoren gewährte, kann der beklagte Bürge Theilung der Klage des Gläubigers unter die sämmtlichen, zur Zeit ihrer Erhebung zahlungsfähigen Mitbürgen fordern.[3][4]

Diese Rechtswohlthat steht den Bürgen zu, ohne Unterschied ob sie sich gemeinsam verbürgten oder getrennt und unabhängig von einander.[5]

Ist die Verpflichtung dessen, der sich mit uns verbürgte, nichtig oder anfechtbar, so kann die Theilung der Klage nicht gefordert werden, trotzdem daß die Verbürgung gemeinsam geschah. Die Meinung und das Vertrauen des Bürgen, daß er Mitbürgen und in Folge dessen die Rechtswohlthat habe, kann deren objektives Fundament nicht ersetzen.[6]

Die Rechtswohlthat trat in Rom auch dann nicht ein, wenn der Gläubiger dem Mitbürgen dessen Bürgschaftsschuld bereits vor der Fälligkeit erlassen hatte.[7] Der Entwickelung des heutigen Rechts ent-

---

3) § 4 I. de fidejussoribus 3, 20: Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere: sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatae tempore, partes petere.

4) Ueber das beneficium divisionis vgl. Hasenbalg a. a. O. S. 466, dort siehe die ältere Litteratur, dazu Brinz 2 S. 256 n. 1. Bezüglich der lex Furia, welche einen ähnlichen Gedanken hatte, siehe oben § 76.

5) Die nicht selten vertheidigte Ansicht, daß daß beneficium divisionis nur solchen Bürgen zustehe, welche sich gemeinsam verbürgten, entspricht den Quellen nicht, siehe z. B. den oben Anm. 3 abgedruckten § 4 I. h. t. 3, 20. Vgl. gegen diese Einschränkung Girtanner im Archiv für civ. Praxis Bd. 43 n. 12, Hasenbalg a. a. O. S. 477, Goldschmidt in Iherings Jahrbüchern S. 351.

6) Windscheid freilich behauptet, das Recht auf Theilung bestehe trotz der Ungültigkeit der Verbürgung des Mitbürgen, wenn der Bürge guten Grund hatte, sich darauf zu verlassen, daß er nur zu seinem Theile haften werde, Bd. 2 § 479 Anm. 7, ebenso Brinz Bd. 2 S. 190 Anm. 7 und Goldschmidt a. a. O. S. 354. Dies scheint mir die Basis zu verrücken, auf welcher das römische beneficium divisionis stand. Da sogar Abwesenheit und Insolvenz des Mitbürgen die Einrede ausschließt, so muß sie gewiß wegfallen, wenn der vermeinte Mitbürge nicht haftet. Die l. 48 D. h. t. 46, 1 spricht keineswegs für die Gegenansicht. Vgl. über diese Stelle Girtanner S. 462 und im Archiv für civ. Praxis Bd. 43 S. 286, sowie Hasenbalg S. 507.

7) In l. 15 D. h. t. 46, 1 führt Julianus libro 51 Digestorum aus: Si ex duobus, qui apud te fidejusserant in viginti, alter, ne ab eo peteres quinque tibi dederit vel promiserit, nec alter liberabitur, et si ab altero quindecim petere institueris, nulla exceptione summoveris: reliqua autem quinque si a priore fidejussore petere institueris, doli mali exceptione summoveris. Durchaus unzulässig ist es, mit Girtanner im Archiv. für civ. Praxis Bd. 43 S. 281, Goldschmidt a. a. O. S 367 das „nulla“ exceptione bloß auf eine exceptio, nämlich pacti zu beziehen oder gar mit Dedekind S. 123 statt quindecim zu lesen „decem“. Das heißt nicht erklären, sondern weginterpretiren; vgl. freilich Windscheid Bd. 2 § 479

ſpricht aber nicht, daß der Gläubiger die Lage des Bürgen willkürlich verſchlechtern kann.[8]

Beſtreitet der Gläubiger, welcher einen der Bürgen auf das Ganze verklagt, die Solvenz der Mitbürgen, ſo muß der Beklagte, wenn er die Theilung durchſetzen will, die Gefahr derſelben auf ſich nehmen und dem Gläubiger für die aus ihr entſtehenden Nachtheile Sicherheit leiſten.[9][10]

Anm. 7. Dagegen mit Recht Haſenbalg S. 488. Nur das eine läßt ſich zugeben, daß der Ausſpruch auf den Fall des Erlaſſes der Forderung vor der Fälligkeit gemünzt iſt.

8) Vgl. unten § 82 Anm. 7.

9) Was die prozeſſualiſche Geltendmachung des beneficium divisionis anbetrifft, ſo iſt begreiflich eine Beweisaufnahme darüber, ob die Mitbürgen des Verklagten ſolvent ſind, vom Uebel. Sie verweitläufigt den Prozeß, indem ſie die Unterſuchung einer Frage hereinwirft, die oft ſehr zweifelhaft iſt und ſich bei der Zwangsvollſtreckung von ſelbſt löſt. Die Römer haben ſich daher auf eine eingehende Erörterung derſelben in der Regel nicht eingelaſſen. Vielmehr war das Verfahren folgendes: a. Der Prätor hatte eine actio divisa aufgeſtellt, auf welche der Gläubiger beſchränkt war, wenn er die Solvenz der Mitbürgen in jure zugeſtand oder dieſe notoriſch war. Paulus sent. I. 20, l. 10 § 1 C. h. t. 8, 40 — wo offenbar „condemnationem“ für „litiscontestationem“ interpolirt iſt, — Lenel, edictum S. 171. War die actio divisa einmal angeſtellt, ſo ſchadete es den auf ihren Theil belangten Mitbürgen nichts mehr, wenn ihr Mitbürge ſpäter inſolvent wurde. l. 51 § 4, l. 52 § 1 D. h. t. 46, 1, l. 16 C. h. t. 8, 40. b. Beſtritt der Gläubiger — in jure — die Solvenz der Mitbürgen, ſo konnte der auf das Ganze in Anſpruch genommene Bürge die Theilung der Klage nur fordern, wenn er ſie *auf ſeine Gefahr gehen ließ* und für Schadloshaltung des Gläubigers Kaution ſtellte, l. 10 pr. D. h. t. 46, 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si dubitet creditor, an fidejussores solvendo sint, et unus ab eo electus paratus sit, offerre cautionem, ut suo periculo confidejussores conveniantur, in parte dico audiendum eum esse, ita tamen, et si satisdationes offerrat et omnes confidejussores, qui idonei esse dicuntur, praesto sint, vgl. l. 16 C. h. t. 8, 40. c. Außerdem beſagt l. 28 D. h t. Paulus libro 25 ad edictum: Si contendat fidejussor ceteros solvendo esse, etiam exceptionem ei dandam „si non et illi solvendo sint“. Aus dieſer Stelle ſelbſt erhellt, daß es ſich bei dieſer exceptio um einen ungewöhnlichen Weg handelte. Er war wohl für Fälle beſtimmt, in denen der Gläubiger ſchlechthin auf die Klage in solidum gegen den ausgewählten Bürgen beſtand und bereit war, die Frage nach der Solvenz der Mitbürgen in judicio verhandeln zu laſſen, weil er ihrer Inſolvenz gewiß zu ſein glaubte. — Im heutigen Rechte wird man den Weg der l. 10 pr. D. h. t., welchen die Römer als den regelmäßigen bezeichnen, einzuhalten haben. Bringt alſo der in solidum beklagte Mitbürge die Einrede der Theilung vor und leugnet der Gläubiger die Solvenz der übrigen Mitbürgen, ſo kann der Beklagte jene Einrede nur dadurch aufrechthalten, daß er ſich zur Sicherſtellung für den Ausfall erbietet, welchen der Gläubiger bei den Mitbürgen im Falle der Theilung erleiden kann. Meiſt verſtattet man dem beklagten Bürgen die Führung des Beweiſes, daß ſeine Mitbürgen ſolvent ſeien, oder man legt gar dem Gläubiger den Beweis der Inſolvenz der Mitbürgen auf. Dies hat das beneficium divisionis nicht ohne Grund in Verruf gebracht; denn das Opfer an Zeit und Geld bei einem ſolchen Beweiſe iſt größer als der Vortheil, der möglicherweiſe erzielt werden kann. Vgl. Sokolowski in der Zeitſchrift d. Savignyſtiftung rom. Abth. Bd. 11 S. 278.

10) Die gemeinrechtliche Praxis gab dem Bürgen die ſ. g. provocatio ex lege „si contendat“, indem ſie die oben Anm. 9 unter c abgedruckte l. 28 D. h. t. hierfür ausbeutete. Durch dieſe Provokation forderte der Bürge den Gläubiger zur Klage heraus, um ſich das beneficium divisionis zu ſichern, und zwar geſchah die

Die Rechtswohlthat fällt weg:

a) wenn der Beklagte seine Bürgschaft leugnet,[11]

b) wenn der Mitbürge abwesend ist oder wenn sich seiner Belangung sonst besondere Schwierigkeiten entgegenstellen,[12]

c) im Falle des Verzichtes, insbesondere auch bei Uebernahme selbstschuldnerischer Bürgschaft,

d) bei Handelsgeschäften.[13]

2. Zahlt einer von mehreren Bürgen die Schuld ganz oder über seinen Kopftheil hinaus aus seinen Mitteln, so ist ihm billigerweise der Rückgriff gegen seine Mitbürgen nicht zu versagen. Das ältere römische Recht kannte freilich hierzu keinen Weg, da unter den Mitbürgen kein Kontrakt, also auch keine Klage bestand. Die ausgebildete Jurisprudenz half auf dem Umwege der Klagencession, indem man den Gläubiger nöthigte, seinen Anspruch gegen die Mitbürgen dem zahlenden Bürgen bei oder auch nach der Zahlung abzutreten.[14] Das bildete den historischen Durchgangspunkt. Heutzutage ist anzunehmen, daß die Forderung des Gläubigers gegen die Mitbürgen behufs des Regresses von Rechtswegen auf den zahlenden Bürgen übergeht. Ausdrückliche Cession ist überflüssig, weil ohne Interesse für die Betheiligten.[15]

§ 82. Beendigung der Bürgschaft.

Die Bürgschaft endet durch die Aufhebungsgründe, welche den Obligationen gemeinsam sind, unterliegt aber auch besonderen Endigungsgründen in Folge ihres Zweckes, Sicherungsmittel zu sein.

Verurtheilung des Provokaten dahin, daß, wenn er später klage, ihm die Einrede der Theilung ebenso entgegengesetzt werden dürfe, wie wenn er jetzt klage, wonach es dem Provokanten nicht schadete, wenn die jetzt noch zahlungsfähigen Mitbürgen in der Zwischenzeit zahlungsunfähig würden. Auch zur Erhaltung der anderen Rechtswohlthaten des Bürgen gab man entsprechende Provokationen, vgl. Hasenbalg S. 627. Die C.P.O. kennt die Provokationen nicht mehr. Man ging davon aus, daß sie durch die „Feststellungsklagen" (§§ 231, 253 C.P.O., vgl. Bd. 1 § 134) überflüssig geworden seien. Für die provocatio ex lege si contendat trifft dies freilich nicht zu.

11) l. 10 § 1 D. h. t. 46, 1.

12) l. 10 pr. D. h. t. 46, 1.

13) H.G.B. Art. 281 Abs. 1.

14) l. 17, l. 36, l. 41 D. h. t. 46, 1, l. 11 § 1 C. h. t. 8, 40, l. 12 D. rem pupilli salvam fore 46, 6. Hasenbalg S. 428. R.G. Bd. 18 S. 275. Anderer Ansicht Savigny O.R. Bd. 1 S. 273.

15) Der historischen Entwickelung, der Gerechtigkeit und den wirthschaftlichen Bedürfnissen entspricht code civil art. 2033: Lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même debiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette, a recours contre les autres cautions, chacune pour sa part et portion.

1. Mit dem Erlöschen der Hauptschuld endigt auch die Bürgschaft.[1]

Dies gilt jedoch unbedingt nur für vollständiges Erlöschen, z. B. durch Zahlung oder andere Befriedigung oder Konfusion. Bleibt eine natürliche Verbindlichkeit[2] zurück oder geschieht die Aufhebung nur durch Exception,[3] so kann sich die Bürgschaft mit voller Kraft erhalten.

Hat der Bürge das specielle Schuldobjekt schuldhafterweise vernichtet, so wird der Hauptschuldner befreit; denn für ihn ist dies ein Zufall, für den er nicht aufzukommen hat. Aber der Bürge kann sich hierauf nicht berufen; er bleibt aus der Bürgschaft verhaftet, wenn auch natürlich nur auf Gelderſatz.[4]

2. Die Bürgschaft geht ferner unter, wenn sich Hauptschuld und Bürgschaftsschuld — z. B. durch Erbgang — in derselben Person vereinigen. Sie erhält sich aber, wenn die Bürgschaftsschuld dem Gläubiger günstiger ist als die Hauptschuld,[5] insbesondere wenn die Hauptschuld klaglos, die Bürgschaftsschuld klagbar, oder wenn sie durch Pfand gedeckt ist.[6]

---

1) l. 43 D. de solutionibus 46, 3, abgedruckt oben Bd. 1 § 261 Anm. 7. Es steht nicht im Widerspruche, daß die Bürgschaft fortdauert, wenn der Hauptschuldner nach seinem Tode keinen Erben findet, l. 95 § 1 D. de solutionibus 46, 3, l. 1 § 14 D. depositi 16, 3; denn die Erbschaft repräsentirt den Verstorbenen. Daß die Bürgschaft im Gegensatze zur Korrealobligation auch im Falle des Untergangs der Hauptschuld durch Konfusion untergeht, führt l. 71 pr. D. h. t. 46, 1 aus. — Gegen den Untergang der Bürgschaft in Folge der Aufhebung der Hauptschuld erklärt sich Girtanner S. 495. Die Bürgschaft sei „eine Erweiterung" der Hauptobligation, dieser Theil des Rechtsverhältnisses könne daher fortdauern, wenn das erste Stück, die Hauptschuld, beseitigt sei. Aber diese Auffassung der Bürgschaft ist verfehlt — vgl. oben § 77 Anm. 5 — und die aus ihr gezogene Konsequenz ist auch nicht mit den Quellen in Einklang. Siehe Hasenbalg a. a. O. S. 295.

2) l. 60 D. h. t. 46, 1.

3) Ueber das Recht der Bürgen, die Exceptionen des Hauptschuldners anzurufen, vgl. oben § 79 Anm. 5.

4) Ursprünglich gab man in solchem Falle nur eine actio doli. Dies berichtet Papinianus libro 37 quaestionum l. 19 D. de dolo 4, 3: Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Julianus responderunt: quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur, vgl. auch l. 38 § 4 D. de solutionibus 46, 3. Papinian selbst stand jedoch auf diesem Standpunkte nicht mehr, sondern verstattete bereits Klage aus dem Bürgschaftsvertrage libro 28 quaestionum l. 95 § 1 D. de solutionibus 46, 3, vgl. oben § 27 Anm. 12. — Er fährt hier nach Besprechung der Verhältnisse der Alternativobligation fort: aliter quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interfecit, quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine herede decessisset. So auch Paulus in der l. 88 D. de verb. obl. 45, 1. Vgl. Vangerow Bd. 3 § 578 Anm. 2. Eine problematische Lösung versucht Huschke, Gajus S. 80.

5) l. 95 § 3 D. de solutionibus 46, 3. Papinianus libro 28 quaestionum: Quod vulgo jactatur fidejussorem, qui debitori heres extitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur.

3. Der Bürge wird frei, wenn ihm der Gläubiger durch Aufgabe von Rechten oder durch Nachlässigkeit in der Betreibung des Schuldners die gesetzlichen Hülfsmittel, die ihn vor Schaden wahren sollen, entzogen oder in ihrem Erfolge verkümmert hat.

Dieser Rechtssatz ist zwar dem römischen Bürgschaftsrechte fremd, er entspricht aber dem Sinne, in welchem nach heutiger Auffassung Bürgschaften übernommen werden, und der Entwickelung der Bürgschaft seit dem Mittelalter.[7]

---

6) l. 38 § 5 D. de solutionibus 46, 3. Africanus libro 7 quaestionum: Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem heredem te instituit. quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit. at si idem alium fidejussorem dederit atque ita heredem te instituerit, rectius existimari ait sublata obligatione ejus, pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit liberari, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 592. Afrikan erachtet die Nachbürgschaft — anders das Pfandrecht — als untergegangen, weil die principale Bürgschaft durch die Konfusion untergegangen sei. Papinian aber erkennt solche Konfusion nicht mehr an, wenn die Bürgschaft dem Gläubiger mehr Vortheile bietet als die Hauptschuld. Das ist der Fall, wenn für sie eine Nachbürgschaft bestellt ist. Nach seiner Auffassung muß sich also die principale Bürgschaft und damit die Nachbürgschaft erhalten. Die Entscheidung Afrikans ist antiquirt. Goldschmidt in Iherings Jahrbüchern Bd. 26 S. 353 proklamirt freilich, es sei an deren Geltung „kein Zweifel möglich" und mahnt „mit der Unterstellung antiquirter Rechtssätze etwas vorsichtiger zu sein". Den springenden Punkt hat er aber nicht erkannt.

7) Seit der Zeit der Glossatoren wurde der Satz aufgestellt, daß die exceptio cedendarum actionum zur peremptorischen werde, wenn der Gläubiger sie nicht oder nicht mit Effekt cediren könne. Dieser Ansicht war auch Bartolus und sie wurde communis opinio, vgl. Girtanner S. 212. Girtanner selbst bekämpft dieselbe vom römischen Standpunkte aus mit Recht; denn nach ihm konnte der Bürge die Cession der Klagen sowohl gegen Hauptschuldner wie gegen Mitbürgen nur unter der Voraussetzung verlangen, daß der Gläubiger eine solche Klage noch habe. Girtanner selbst behauptet dagegen S. 483, daß die exceptio excussionis peremptorisch werde, wenn der Gläubiger die Ausklagung des Hauptschuldners versäumt habe, so daß diese keinen Erfolg mehr haben konnte. Auch dies läßt sich aus der Novelle keineswegs demonstriren. Das Richtige führt Arndts § 357 Anm. 2 aus. „Der entscheidende Gesichtspunkt für das heutige Recht," sagt er, „ist dieser, daß jede Bürgschaft ex fide bona zu beurtheilen ist, dieser kann der Gläubiger zuwider handeln, indem er durch sein Zuthun oder auch durch seine Nachlässigkeit die dem Bürgen zukommenden gesetzlichen Hülfsmittel vereitelt und ihn dennoch in Anspruch nimmt. Nur kann nicht schlechthin jede nachsichtige Zögerung in Ausklagung des Schuldners als Verschulden gegen den Bürgen gelten."

Drittes Kapitel.

Die Intercessionen.

§ 83. Begriff und Arten der Intercession.[1]

Intercession ist die Uebernahme einer Schuld, die uns materiell fremd ist.

Die Intercession kann in der Eingehung einer persönlichen Schuld liegen, oder auch in der Bestellung eines Pfandrechtes für die fremde Schuld.[2]

Man unterscheidet kumulative und privative Intercessionen.

a) Bei den kumulativen Intercessionen tritt man neben den, welchen die Schuld materiell angeht. Dies kann als Bürge geschehen, nicht minder, indem man sich neben den materiell Betheiligten als Korrealschuldner verbindet,[3] endlich auch durch Pfandbestellung für die fremde Schuld.

b) Bei der privativen Intercession tritt man an Stelle des eigentlich Betheiligten in den Schuldnexus. Und zwar kann man sich von vornherein für den, welchen die Schuld angeht, allein verpflichten, z. B. durch Ausstellung eines Wechsels, während ein Anderer die Valuta, d. h. die Werthvergütung für den Wechsel erhält.[4] Man kann ferner an die Stelle des bisherigen Schuldners durch Expromission oder Schuldübernahme treten.[5]

Nicht intercedirt, wer in Wahrheit der materiell Betheiligte ist, z. B. ein Dritter kauft für mich eine Sache als mein indirekter Stellvertreter und ich verbürge mich für die Zahlung des Kaufpreises.[6]

Dagegen ist es Intercession, wenn man sich für eine fremde Schuld

---

1) Sintenis, von Intercessionen und einigen Arten derselben in Lindes Zeitschrift Bd. 10 n. 2; Deurer, über den Begriff der Intercession im Archiv für civ. Praxis Bd. 28 n. 15; Hasenbalg, Beiträge z. L. von der Intercession 1856; Brinz Bd. 2 S. 230.

2) Oben Bd. 1 § 266 Anm. 16.

3) l. 17 § 2, l. 18 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

4) Solche Intercessionen nennt man nicht selten „tacitae". Beispiele giebt l. 8 § 14, l. 29 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

5) In Rom gehörte hierher auch die Uebernahme persönlich verpflichtender Defension gegenüber der Schuldklage durch Litiskontestation, l. 2 § 5 D. ad S.C. Vellejanum, sowie die Leistung der Kompromißstipulation für den Schuldner, l. 32 § 2 D. de receptis 4, 8, vgl. oben Bd. 1 § 165. Dem heutigen Rechte ist Beides fremd.

6) l. 8, 13 pr., l. 22, l. 24 pr. D. ad S. C. Vellejanum 16, 1.

verbindet in dem Glauben, daß es ſich um eine eigene handelt. Verpfändet z. B. Jemand ſein Grundſtück für eine Erbſchaftsſchuld, weil er ſich für den Erben hält, während ein Anderer der Erbe und alſo der wahre Schuldner iſt, ſo liegt hierin — objektiv — eine Interceſſion.[7]

Meiſt jedoch geſchieht die Interceſſion bewußtermaßen, um einem Anderen Hülfe zu bringen und Kredit zu verſchaffen oder zu verlängern. Wir dürfen als eigentliche Interceſſionsgeſchäfte ſolche bezeichnen, die aus der Abſicht zu intercediren hervorgehen.

Hierbei will der Intercedent in der Regel nichts aus eigenen Mitteln aufopfern und nicht einmal in Vorſchuß gehen.

Ihm ſteht daher in der Regel gegen den, für welchen er intercedirte, im Falle einer Gefährdung Klage auf Deckung, nach ſeiner Verurtheilung Klage auf Deckung oder Befreiung,[8] nach der Zahlung Klage auf Erſatz zu.

Geſchah die Interceſſion mit Wiſſen und Willen deſſen, für den man eintrat, ſo hat der Intercedent zu dieſen Zwecken die actio mandati contraria, geſchah ſie ohne deſſen Willen unverboten und nützlich, die actio negotiorum gestorum. Im Falle ſich mit der Interceſſionsabſicht die einer eventuellen Schenkung des Ausgelegten — der animus donandi — verband, beſtehen dieſe Anſprüche natürlich nicht.

§ 84. Die weiblichen Rechtswohlthaten.[1]

Nach der römiſchen Volksanſchauung war die Interceſſion Sache der Männer und nicht der Frauen. Ihr gab das S. C. Vellejanum Bekräftigung, indem es den Frauen die Interceſſionen verbot. Juſtinian ſteigerte die weiblichen Rechtswohlthaten ſehr. Die gemeinrechtliche Praxis dagegen ſchwächte ſie auf Grund der veränderten wirthſchaftlichen Verhältniſſe und Anſchauungen der neueren Zeit weſentlich ab, und heutzutage iſt in Deutſchland von den weiblichen Rechtswohlthaten nur wenig ſtehen geblieben.

1. Das S. C. Vellejanum verbot den Frauen, zu bürgen, ſowie

---

7) l. 23 D. ad S. C. Vellejanum 16, 1, abgedruckt unten § 84 Anm. 6.

8) Oben § 80 Anm. 5.

1) Tit. Dig. ad S. C. Vellejanum 16, 1, Cod. 4, 29; Kattenhorn, über Interceſſionen der Frauen 1840; Bachofen, das Vellejaniſche Senatuskonſult, in ſeinen ausgewählten Lehren des Civilrechtes 1848 Abh. 1; Windſcheid, über das Prinzip des S. C. Vellejanum im Archiv für civ. Praxis Bd. 32 n. 12 und 13. Grabenwitz, Ungültigkeit S. 69. Siehe ferner die oben § 83 Anm. 1 Citirten.

ſich durch Uebernahme von Darlehensſchulden zu Gunſten Anderer zu verbinden.[2] Man leitete hieraus das allgemeine Verbot her, ſich für fremde Schulden zu verpflichten.[3]

Die Frauen galten als leichtherzig genug, zu verſprechen, ohne ſich zu vergegenwärtigen, daß ſie das Verſprechen auslöſen müßten, wenn der nicht zahlte, den die Sache anging. Deshalb verbot man ihnen die Obligation. Dagegen verſtattete man ihnen unbedenklich, fremde Schulden abzuzahlen oder durch Angabe an Zahlungsſtatt zu tilgen, oder ſonſt durch unmittelbare Aufopferungen zu beſeitigen, da ſich hier das zu bringende Opfer unmittelbar fühlbar machte und beſtimmt überſehbar war.[4 5]

Das S. C. betraf die Interceſſionen ſchlechthin, daher auch ſolche, die nicht aus der Interceſſionsabſicht, ſondern der irrigen Meinung, ſelbſt betheiligt zu ſein, hervorgegangen waren.[6] Es gab jedoch eine Anſicht, wonach nur eigentliche Interceſſionsgeſchäfte, die in der Abſicht, einem Dritten Kredit zu verſchaffen, eingegangen waren, dem Verbot unterſtanden.[7] Sie iſt die der neueren Rechtsauffaſſung entſprechende.

---

2) Die Worte des S. C. überliefert l. 2 § 1 D. h. t. 16, 1: Quod Marcus Silanus et Velleus Tutor consules verba fecerunt de obligationibus feminarum, quae pro aliis reae fierent, quid de ea re fieri oportet, de ea re ita censuere: quod ad fidejussiones et mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint feminae, pertinet, tametsi ante videtur ita jus dictum esse, ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur, cum eas virilibus officiis fungi et ejus generis obligationibus obstringi non sit aequum, arbitrari senatum recte atque ordine facturos ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint operam, ut in ea re senatus voluntas servetur. Das S. C. gehört dem Jahre 46 nach Chriſti Geburt an. Der Konſul hieß übrigens Vellaeus, die Bezeichnung beruht alſo auf einer Verderbniß des Namens. Einer Aenderung des prätoriſchen Ediktes bedurfte es nicht, um den Willen des Senates zur Geltung zu bringen, vielmehr reichte die allgemeine im Edikte proponirte Klauſel aus: „si in ea re nihil contra legem senatusveconsultum factum sit", welche im Prozeßfalle durch Einfügung des Wortes „Vellejanum" in die Klageformel ergänzt wurde. Dagegen ſtellte der Prätor zwei Aktionen auf, um dem Gläubiger, welcher durch die ungültige Interceſſion der Frau einen Schuldner eingebüßt hatte, Hülfe zu bringen; ſiehe Lenel, edictum S. 229.

3) l. 2 § 4 D. h. t. 16, 1.

4) l. 4 § 1, l. 5 D. h. t. 16, 1.

5) Ueber Verzicht auf ein Pfandrecht und die Pfandrechtspriorität vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 544.

6) Wie weit man hierbei ging, ergiebt l. 23 D. h. t. 16, 1. Paulus libro singulari ad S. C. Vellejanum: Si mulier in jure interrogata responderit se heredem esse, si sciens se heredem non esse responderit, minime intercessisse videri, quia decepit: quod si existimavit se heredem et eo nomine decepta responderit, in eam actionem quidem dari plerique existimaverunt, sed exceptione senatusconsulti adjuvari. Nach l. 8 § 2 D. h. t. 16, 1 erſcheint die Frage aber unter den römiſchen Juriſten als beſtritten. Siehe Brinz Bd. 2 S. 282 Anm. 7.

7) Windſcheid a. a. O. ſtellt als Prinzip des S. C. Vellejanum auf, „daß der Frau nur geholfen werde, wenn ſie die fremde Obligation in der Erwartung übernehme, gar nicht zahlen zu müſſen". So auch Haſenbalg, Beiträge z. L. von der

Das Interceſſionsverbot greift natürlich nicht ein, wenn nur dem äußeren Schein nach eine Interceſſion vorliegt, z. B. eine Bürgſchaft, während man in Wahrheit ein eigenes Geſchäft beſorgte.

Daß es auch dann wegfiel, wenn die Interceſſion donandi animo geſchah, wird zwar häufig behauptet, aber nicht bewieſen.[8]

Das Interceſſionsverbot tritt nicht ein:

a) im Intereſſe des Verkehres, wenn der Gläubiger entſchuldbarerweiſe nicht wußte, daß die Frau intercedire,[9]

b) wenn er minderjährig war und von dem, für welchen die Frau eintrat, nicht befriedigt werden kann,[10]

c) im Falle eines Betruges der Frau,[11]

d) wenn ſich die Frau für die Interceſſion bezahlen ließ,[12] wenn ſie für ihre Zahlungen als Intercedentin Deckung in Händen hat oder ſonſt durch die Interceſſion nicht ärmer wird.[13]

e) Die Interceſſion für das Verſprechen einer Dos iſt Frauen verſtattet; ſie iſt den Frauen anſtändig.[14]

f) Durch Beſtärkung nach 2 Jahren wird die Interceſſion gültig.[15]

Die verbotenen Interceſſionsgeſchäfte ſind durch die exceptio S. C. Vellejani entkräftbar.[16] Sie läßt nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit übrig; aus Irrthum über die Verbindungskraft der Obligation Gezahltes kann daher mit der condictio indebiti zurückgefordert werden.[17] Zahlt aber die Frau, wiſſend, daß ſie aus der Interceſſion nicht ſchulde, ſo kann ſie nichts zurückfordern, weil ſie durch das Inter-

Interceſſion Abh. 1. Dagegen Brinz a. a. O. S. 233. Wäre das Princip von Windſcheid maßgebend geweſen, ſo wären Entſcheidungen wie die der l. 23 cit. unbegreiflich. Vgl. übrigens Windſcheid, Pand. Bd. 2 § 485 Anm. 3.

8) Die Neueren verneinen überwiegend, daß Interceſſionen, welche donandi animo erfolgten, durch das Interceſſionsverbot getroffen würden. Indeſſen auch derartige Geſchäfte bilden Interceſſionen und nur außerdem eventuell Schenkungen. Sie fallen daher an ſich unter das Interceſſionsverbot. Eine Ausnahme für ſie iſt nirgends bezeugt. Daß den Frauen Schenkungen verſtattet ſind — l. 4 § 1. l. 21 § 1 D. h. t. 16, 1 —, kann mit Fug nicht hierfür aufgeführt werden. So Seuffert, Archiv Bd. 15 n. 224.

9) l. 4 pr., l. 6, l. 11, l. 12, l. 27 pr., l. 28 § 1 D. h. t. 16, 1.

10) l. 12 D. de minoribus 4, 4.

11) l. 2 § 3 D. h. t. 16, 1.

12) l. 23 pr. C. h. t. 4, 29.

13) l. 16 pr., l. 21 pr., l. 22 D. h. t. 16, 1.

14) l. 12 C. h. t. 4, 29; vgl. ferner l. 24 C. eod.

15) l. 22 C. h. t. 4, 29.

16) l. 25 § 1 D. h. t. 16, 1. In Rom konnte die exceptio noch in der Exekutionsinſtanz angerufen werden, l. 11 D. de S. C. Macedoniano 14, 6. Nach C.P.O. § 686 Abſ. 2 gilt dies nicht mehr. Siehe ferner l. 39 § 1, l. 40 D. de rei vind. 6, 1.

17) l. 40 D. de condictione indebiti 12, 6, l. 8 § 3 D. h. t. 16, 1.

ceſſionsverbot an unmittelbarer Zahlung fremder Schulden nicht gehindert iſt.[18]

In Fällen einer verbotenen privativen Interceſſion wird gegen den, welcher durch ſie der Verpflichtung ledig wurde, Klage gegeben.[19] Sie iſt *wiederherſtellend* — actio restitutoria — wenn durch die Interceſſion die früher beſtehende Verpflichtung des Schuldners aufgehoben war,[20] und *ſchuldbegründend* — ſ. g. institutoria — wenn derjenige, welchen das Verhältniß anging, niemals Schuldner geworden war, weil die Intercedentin an ſeiner Stelle von vornherein eingetreten war.[21]

2. Juſtinian verſtärkte die Interceſſionsverbote:

a) durch eine *Formvorſchrift*. Er fordert eine öffentliche und von drei Zeugen unterſchriebene Urkunde, wofür man in der gemeinrechtlichen Praxis eine öffentliche *oder* durch drei Zeugen beglaubigte Urkunde ſetzte.[22]

In Ermangelung dieſer Form iſt die Interceſſion *nichtig*; es bedarf alſo keiner exceptio, vielmehr iſt die Klage, wenn der Charakter der Interceſſion aus dem Klageantrag erhellt, weil ihr Fundament ein nichtiges iſt, von Amtswegen zurückzuweiſen. Iſt die Form beobachtet, ſo iſt das Interceſſionsverbot nur wirkſam, wenn die Frau ſich auf daſſelbe beruft.

In den Fällen, in welchen das Interceſſionsverbot nicht Platz greift, bedarf es der Form nicht.[23]

b) Interceſſionen der Ehefrauen für ihre Männer ſind nach der authentica „si qua mulier“ nichtig.[24]

3. Im gemeinen Rechte haben alle dieſe Beſtimmungen ihr Weſen geändert.

---

18) l. 9 C. h. t. 4, 29.

19) l. 1 § 2 D. h. t. 16, 1. Wir behalten die römiſche Auffaſſung, welche auf dem Gegenſatze des civilen und prätoriſchen Rechtes beruht, hier bei. Vom modernen Standpunkt aus wäre, wo die Römer die a. restitutoria gaben, zu ſagen, die Schuld des materiellen Schuldners iſt nie untergegangen, und wo ſie die ſ. g. institutoria ertheilten, beſtand ſie von Anfang an.

20) l. 8 §§ 7—13, l. 9, l. 13 § 2, l. 14 D. h. t. 16, 1.

21) l. 8 §§ 14 und 15 D. h. t. 16, 1.

22) l. 23 C. h. t. 4, 29. Vgl. oben Bd. 1 § 137 Anm. 9.

23) Die Frage iſt ſehr beſtritten. Vgl. Vangerow Bd. 3 § 581 Anm. 2, Girtanner S. 351.

24) Nov. 134 cap. 8. Aus ihr iſt die authentica „si qua mulier“, die nach l. 22 C. h. t. 4, 29 in den Kodex eingefügt wurde, entnommen. Die Novelle beſtimmt auch, daß der Gläubiger, wenn ſich die Ehegatten in einer Urkunde verbinden, von der Frau nur fordern könne, was ihr nachweisbar aus dem Geſchäfte zu Gute kam.

Denn die von den Römern so verpönte Intercession der Ehefrau für ihren Ehemann war in vielen Fällen eine unentbehrliche Bedingung des Gedeihens des Hausstandes. Auch ist die deutsche Frau keineswegs besonders leichtgläubig und wenig geneigt, ihr Hab und Gut für Fremde auf das Spiel zu setzen.

Die Umbildung geschah durch Zulassung eines Verzichtes in bestimmten Formen. In Rom war der Verzicht in der Regel unwirksam.[25]

Denn die Intercessionsverbote bilden, so sehr sie Vorrechte sind, im Grunde eine Minderung der *Handlungsfähigkeit* der Frauen; die hierauf bezüglichen Normen sind folglich zwingenden Rechtens.

Gemeinrechtlich aber ließ man eidlichen Verzicht auf die Rechtswohlthaten zu, was freilich heutzutage keine Bedeutung mehr hat.

Ferner bildete sich allgemein die Praxis, daß die Frau *auf die Rechtswohlthaten nach vorgängiger gerichtlicher Belehrung verzichten könne.*[26]

Damit war an die Stelle des *Verbotes* eine *Form* für die *Intercession* durch die Frauen getreten.

Handelsfrauen können sich nach einem durch das H.G.B. bekräftigten Gewohnheitsrechte überhaupt nicht auf die weiblichen Rechtswohlthaten berufen.[27]

In den bei weitem meisten Partikularrechten Deutschlands endlich sind die weiblichen Rechtswohlthaten allgemein beseitigt.[28]

---

25) Im römischen Rechte wurde ein Verzicht auf die Rechtswohlthat nur zugelassen, wenn eine Mutter oder Großmutter die Vormundschaft über ihr Kind übernahm. l. 3 pr. C. quando mulier tutelae 5, 35, nov. 118 cap. 5. Außerdem kommt in Betracht die Stipulation im Falle der l. 32 § 4 D. h. t. 16, 1.

26) Girtanner S. 268, 365; vgl. auch Stobbe, P.R. S. 320.

27) H.G.B. Art. 6.

28) Nach Roth, d. P.R. Bd. 1 S. 372 Anm. 8 bestehen die Beschränkungen der Intercession der Weiber noch in Württemberg, in Mecklenburg, in Reuß j. L. und in Lippe-Detmold.

Zweiter Theil.

Die einzelnen Forderungsrechte.

Erster Abschnitt.

Die Kontraktsobligationen.

Erstes Kapitel.

Die Realkontrakte.

I. Das Darlehen.

§ 85. Begriff. Begründung des Darlehens.[1]

Die gemeinrechtliche Darstellung der einzelnen Kontraktsobligationen muß sich, wenn sie ein treues Bild des positiven Rechtes geben will, an das römische Kontraktensystem anlehnen.

Wir beginnen daher mit den römischen Realkontrakten. Doch sind nur noch Darlehen, Kommodat und Depositum zu besprechen. Denn der von den Römern gleichfalls den Realkontrakten unterstellte Pfandkontrakt wurde bereits früher im Zusammenhange des Pfandrechtes behandelt.

Darlehen — mutuum — ist Kapitalleihe d. h. die Ueberlassung einer Summe von Geld oder anderen Fungibilien zum Zwecke der Leihe, unter der Verpflichtung der Rückgabe einer Summe gleichartiger Objekte.[2]

1) Tit. Dig. de rebus creditis si certum petetur et de condictione 12, 1. Cod. de rebus creditis et jurejurando 4, 1; si certum petatur 4, 2, Huschke, d. L. d. römischen Rechts vom Darlehen 1882; Schey, die Obligationsverhältnisse d. öst. P.R. Bd. 1 S. 1 Ein „weitschweifiges" Werk ist Heimbach, die Lehre von dem Creditum 1849.

2) l. 1 § 2 D. de obligationibus 44, 7. Gajus libro 2 aureorum: Re contrahitur obligatio mutui datione, mutui autem datio consistit in his rebus,

1. Nicht selten gehen Verträge über Geben eines Darlehens — pacta de mutuo dando — oder über Nehmen eines solchen — pacta de mutuo accipiendo — voraus.[4] Beide Arten von Verträgen werden auch häufig mit einander kombinirt. Sie haben manches Besondere.

Der Vertrag über *Geben des Darlehens* ist nämlich in der Regel von der stillschweigenden Bedingung abhängig, daß der Darlehensnehmer zur Zeit der Auszahlung der Darlehensvaluta kreditwürdig bleibt. Dies entspricht der vermuthlichen Meinung des Promittenten. Denn man will leihen, nicht verlieren.[5]

Natürlich muß aber der zur Darlehenshingabe Verpflichtete seinerseits beweisen, daß die bei der Zusage unterstellte Kreditwürdigkeit des anderen Theiles zur Zeit des Geschäftsschlusses nicht bestand oder später aufgehört hat.

Wer sich zum *Nehmen eines Geld darlehens* verpflichtet hat, kann richtiger Ansicht nach, wenn er sich dessen weigert, nicht auf *Abnahme der Darlehensvaluta*, vielmehr nur auf Ersatz des *Interesses* des Klägers an der vereinbarten Placirung des Geldes genöthigt werden.

Dies ist um deswillen als die Meinung der Kontrahenten beim Vertragsschluß anzusehen, weil es keinen vernünftigen Sinn hat, jemanden zum Nehmen von Geld zu nöthigen, für das er keine Verwendung hat.[6]

2. Zum Zustandekommen eines *Darlehens* ist nothwendig:

a) *Die Uebermachung der Valuta* d. h. Zuwendung einer Summe von Fungibilien seitens des Darlehensgebers an den Empfänger.

b) Es muß *Leihe* bezweckt sein, d. h. Ueberlassung zum Gebrauch oder vielmehr Verbrauch.[7] Kein Darlehen ist eine dem Gläubiger ge-

---

quae pondere numero mensurave constant, veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, quas res in hoc damus, ut fiant accipientis, postea alias recepturi ejusdem generis et qualitatis; pr. I. quibus modis re contrahitur obligatio 3, 14.

3) Die römischen Juristen führen aus, „mutuum" sei um deswillen das Geschäft genannt worden, „quod ex meo tuum fit." Gajus Inst. III. § 90, l. 2 § 2 D. h. t. 12, 1. Dies zu Nutz und Frommen der rechtsbeflissenen Jugend, welche mittels dieser etymologischen Spielerei das juristische Wesen des Geschäftes dem Gedächtniß einprägen sollte.

4) Ueber derartige Vorverträge überhaupt siehe oben Bd. 2 § 10, insbesondere über das pactum de mutuo dando dort Anm. 6. Schey a. a. O. Bd. 1 S. 48 und 172. Verglichen werden kann Suffrian, das pactum de mutuo dando 1866, Storch, der heutige Darlehensvertrag 1878.

5) Das R.O.H.G. Bd. 23 S. 137 nimmt dies für jede Kreditzusage mindestens im Verkehre der Kaufleute an. A. Ansicht ist u. a. Suffrian S. 6.

6) Die Frage ist bestritten. Vgl. hierüber mein Preuß. Pr.Recht Bd. 2 § 179 Anm. 6.

stellte Baarkaution, keines das depositum irregulare. Denn hierbei ist die Ueberlassung nur das Mittel zur Erreichung anderer Zwecke, nämlich bei dem ersten Geschäft Sicherstellung, bei dem anderen Bewahrung einer Summe.[8]

c) Endlich ist ein rechtsgültiger Vertrag über Rückerstattung der Darlehenssumme erforderlich.[9] Der Vertragsschluß liegt ohne Weiteres in der Hingabe und der Annahme behufs eines „Darlehens". Natürlich können aber auch besondere Abreden über die Modalitäten der Rückzahlung getroffen werden.

Fehlt die Verpflichtungsfähigkeit des Nehmers des Darlehens, so ist zwar das reale, aber nicht das konsensuale Moment vorhanden. Ein Darlehen entsteht also dann nicht, die Stipulation des Darlehensgeschäfts z. B. über Kündigungsfristen, Verzinsung sind kraftlos, eine Darlehensklage findet nicht statt; aber der Empfänger hat das Geliehene ohne Rechtsgrund, dieses kann daher mit der condictio sine causa zurückgefordert werden; wenn der Empfänger minderjährig war, so beschränkt sich die Rückforderung auf den Betrag, um welchen er zur Zeit der Klageerhebung bereichert ist.[10]

§ 86. Die Darlehensvaluta.[1]

In seiner einfachsten und ohne Zweifel ursprünglichen Gestalt setzt das Darlehensgeschäft voraus, daß der Darlehensgeber ihm gehörige Fungibilien an den Darlehensnehmer mittels Uebergabe übereignet.

Hiernach kommt ein Darlehen nur zu Stande, wenn der Darleiher

---

7) Der Darlehensgeber hat nicht danach zu fragen, wozu der Darlehensschuldner die Darlehenssumme zu benutzen denkt, ob er sie namentlich in vernünftiger und nützlicher Weise verwenden, oder in verschwenderischem und unmoralischem Treiben vergeuden will. Ist jedoch das Darlehensgeschäft ausschließlich und ersichtlich zu unsittlichen Zwecken bestimmt, soll es z. B. unmittelbar dazu dienen, einen Einsatz zu verbotenem Spiele zu erhalten, so ist es als contra bonos mores nichtig. Vgl. oben Bd. 2 § 16 Anm. 17. Im Einklang steht l. 12 § 11 D. mandati 17, 1, wo vorausgesetzt ist, daß die Darlehenssumme von dem verschwenderischen Jünglinge zu dem Zwecke entnommen wird, um sie unmittelbar seiner Dirne zu geben.

8) Vgl. oben Bd. 1 § 272, unten § 93. Siehe auch Schey a. a. O. Bd. 1 S. 46. Dort ist auch das Verhältniß zum „Quasinießbrauch" erörtert.

9) Das Princip spricht am schärfsten aus die oben Bd. 1 § 102 Anm. 6 abgedruckte l. 32 D. h. t. 12, 1. Die Anwendung, die Celsus dort von dem Prinzipe macht, ist freilich eine sehr schroffe. Siehe ferner l. 18 pr. D. eod.

10) l. 5 pr. und § 1 D. de auctoritate tut. 26, 8, abgedruckt oben Bd. 2 § 5 Anm. 3.

1) Schey, Obligationsverhältnisse S. 71.

ihm gehörige Fungibilien verleiht.[2] Auch muß er veräußerungsfähig sein. Verleiht also ein Minderjähriger ohne vormundschaftliche Ermächtigung Geld, so kann er das Verliehene vindiciren, und wenn es der Entlehner verbraucht hat, kondiciren, eine Darlehensforderung erhält er aber nicht.[3]

Nach dem späteren, freier entwickelten Rechte genügt, daß der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer die Valuta rechtsbeständig verschafft hat.

In Folge dessen gewinnt ein Darlehen, bei welchem der Darlehensgeber fremde Gelder — oder andere Fungibilien — verliehen hat, dann Gültigkeit, wenn das Rückforderungsrecht des Eigenthümers der Gelder durch Vindikation oder Kondiktion weggefallen ist.[4]

---

2) l. 2 § 4 D. de reb. cred. 12, 1. Paulus libro 28 ad edictum: In mutui datione oportet dominum esse dantem. Ueber den Fall, daß die geliehenen Gelder dem Darleiher nur zum Theile gehören, vgl. l. 94 § 1 D. de solutionibus 46, 3, siehe auch l. 13 § 2, l. 16 D. h. t. 12, 1.

3) § 2 I. quibus alienare licet vel non 2, 8. Nunc admonendi sumus neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. ideoque si mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit, non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis. ideoque nummos vindicare potest, sicubi extent: sed si nummi, quos mutuos dedit, ab eo qui accepit bona fide consumpti sunt, condici possunt, si mala fide ad exhibendum de his agi potest.

4) Die römischen Juristen sprechen hiervon in l. 13 § 1, l. 19 § 1 D. h. t. 12, 1, l. 24 § 2 D. de obl. et act. 44, 7. Auf das Einzelne gehen sie jedoch nicht ein. Es sind folgende Fälle zu unterscheiden: a) Man verleiht fremde Gelder ausdrücklich als fremde in der Erwartung der Genehmigung des Eigenthümers. Hier kommt das Darlehen nur durch dessen Genehmigung zu Stande. Ertheilt er sie nicht, so kann er seine Gelder vindiciren und im Fall etwaiger Konfusion kondiciren; der Empfänger hat sie also nicht rechtsbeständig. b) Man giebt fremde Gelder diebischerweise zum Darlehen mit Wissen des Empfängers. Hier hat der Eigenthümer Vindikation und Kondiktion der Gelder. Ein Darlehen entsteht nicht. c) Man giebt fremde Gelder als Darlehen gleich als seien sie die eigenen, ohne daß der Empfänger von dem Eigenthume des Dritten etwas weiß. Ist dann der Eigenthümer — was selten sein wird — noch in der Lage, sein Eigenthum geltend zu machen, z. B. weil sein Geld noch in seinen Rollen individuell erkennbar existirt, so kann er es vindiciren und der Darlehensnehmer schuldet dem Pseudodarlehensgeber nichts. d) Hat aber in dem gedachten Fall der Darlehensnehmer die ihm geliehenen Gelder in guten Glauben konsumirt, insbesondere ausgegeben oder mit seinem Gelde ununterscheidbar vermischt, so verliert der bisherige Eigenthümer der Gelder seine Vindikation und erhält auch keine Kondiktion gegen den Darlehensnehmer, da dieser gerade wegen seiner prima facie Darlehensschuld nicht als bereichert gilt, vgl. Bd. 1 § 225 Anm. 25. Daher erhält der Darlehensgeber gegen ihn in diesem Fall die Darlehensklage als s. g. actio de bene depensis. Dagegen ist der frühere Eigenthümer der Gelder berechtigt, gegen den Darlehensgeber, der ihm dieselben verbraucht hat, mit einer condictio furtiva, actio ad exhibendum zu klagen. — Es ist übrigens einleuchtend, daß in der Regel die Behauptung, das Darlehen habe in fremden Geldern bestanden, eine Einrede bildet, welche nicht leicht anders vorgebracht werden wird, als wenn deren Eigenthümer ihretwegen Ansprüche erhoben hat.

Selbstverständlich entsteht ferner dann ein Darlehen, wenn ein Dritter *seine* Fungibilien im Namen des Darlehensgläubigers auszahlt,[5] nicht minder, wenn dessen Valuta nach Anweisung des Darlehensnehmers an einen Dritten gezahlt wurde.

Darlehen können endlich *ohne Uebergabe von Fungibilien* in folgenden Formen geschehen:

a) Man überläßt dem Geldbedürftigen eine *Waare* zum *Verkauf*, damit er den Erlös als Darlehensvaluta behält.[6 7] Die Gefahr geht hier in der Regel mit Uebergabe der Waare auf den Kreditsuchenden über, so daß im Fall ihres Untergangs oder ihrer Verschlechterung ihr Verkaufswerth die Darlehenssumme bildet.[8]

b) Der Gläubiger vereinbart mit seinem Schuldner, daß dieser Geld oder Fungibilien, welche er *aus einem anderen Grund schuldet*, z. B. in Folge eines *Depositums*, *Mandates*, *Kaufes*, als Darlehen behält.[9] Daß der Schuldner zur Zeit dieser Vereinbarung die geschuldete Summe *effektiv innehat*, ist nicht gefordert.

---

5) Mehrfach wird von den römischen Juristen besonders hervorgehoben, daß man Darlehensgläubiger auch dann wird, wenn ein Anderer in unserem Namen die Darlehensvaluta aus seinen Mitteln gibt. So namentlich l. 9 § 8 D. h. t. 12, 1, l. 126 § 2 D. de verb. obl. 45, 1, l. 35 § 2 D. de donationibus 39, 5, l. 4 C. si certum petatur 4, 2, l. 3 C. per quas personas 4, 27. Ob außerdem Vollmacht oder Genehmigung des Darlehensgeschäftes durch denjenigen erfordert ist, welchem die Obligation erworben werden soll, ist höchst bestritten. Es sprechen hierfür l. 2 § 4 D. h. t. 12, 1, l. 34 pr. D. de donationibus 39, 5. Die meisten Neueren nehmen gleichwohl an, daß es singulärer Weise beim Darlehen auf den Konsens des Vertretenen in dem besprochenen Falle nicht angekommen sei. So namentlich Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 2 S. 101 und Schloßmann, das Darlehen auf fremden Namen in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 505. Die entgegengesetzte Auffassung vertheidigt, wie ich annehme, siegreich Huschke a. a. O. S. 29. Anders Mitteis, Stellvertretung S. 67.

6) Aehnlich steht es, wenn man dem Geldbedürftigen einen Wechsel oder eine andere Forderung zur Einziehung übermacht, damit er das Einkassirte als Darlehen behält.

7) Dies Geschäft nennen Manche contractus „mohatrae", ein mittelalterliches aus dem Arabischen stammendes Wort. Nach Schey a. a. O. S. 83 ist c. mohatrae Verkauf einer Sache auf Kredit mit sofortigen Rückkauf um einen kleineren baar bezahlten Preis. Ein Student kauft z. B. von A, um Geld zu bekommen, eine Partie alter Kleider für 100, zahlbar in einem halben Jahr und verkauft sie sofort dem B, der mit A operirt, für baare 50.

8) l. 4 D. h. t. 12, 1, l. 11 pr. D. eod. 12, 1. Ulpianus libro 26 ad edictum: Rogasti me, ut tibi pecuniam crederem: ego cum non haberem, lancem tibi dedi vel massam auri, ut eam venderes et nummis utereris. si vendideris puto mutuam pecuniam factam. quod si lancem vel massam sine tua culpa perdideris prius quam venderes, utrum mihi an tibi perierit, quaestionis est. mihi videtur Nervae distinctio verissima existimantis, multum interesse, venalem habui hanc lancem vel massam, nec ne, ut, si venalem habui, mihi perierit, quemadmodum si alii dedissem vendendam: quod si non fui proposito hoc, ut venderem, sed haec causa fuit vendendi, ut tu utereris tibi eam periisse et maxime si sine usuris credidi.

9) l. 15 D. h. t. 12, 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Singularia quaedam

c) Endlich genügt es sogar zur Begründung eines Darlehens, daß dem Darlehensnehmer Objekte unter einer Schätzung übergeben werden, welche die Darlehensvaluta ausmacht.[10] Es ist dann so, als wären die fraglichen Objekte an den Darlehensnehmer verkauft und die geschuldete Kaufsumme dann zur Darlehensvaluta gemacht.

Die Römer meinten offenbar, ein Darlehen komme ja auch zu Stande, wenn in derartigen Fällen der Summenschuldner die schuldigen Gelder an seinen Gläubiger auszahle und dieser sie als Darlehensvaluta zurückübereigne; das zwecklose Herüber- und Hinüberschieben der Gelder könne füglich durch eine Gedankenoperation ersetzt werden.

Gerade die zuletzt gedachte Form des Darlehens ist jedoch geeignet, wucherischer Ausbeutung zu dienen. Es ist daher fraglich, ob es zweckmäßig war, dieselbe durch eine so weit gehende Abstraktion zu ermöglichen.

§ 87. Die Verpflichtungen aus dem Darlehen.

1. Der Darlehensnehmer ist zur Rückerstattung[1] der Darlehenssumme in gleicher Gattung und Art[2] verpflichtet. Geld darf er in der Währung zurückleisten, nicht bloß in der Sorte der geliehenen Valuta,[3] es sei denn anders bedungen. Zulässig ist die Vereinbarung der Zurückleistung einer geringeren Summe als der geliehenen;[4] nicht minder, was häufiger ist, eines Zuschlages zum Geliehenen.

In Ermangelung eines besonderen Vertrages ist das Darlehen zinslos

---

recepta sunt circa pecuniam creditam. nam si tibi debitorem meum jussero dare pecuniam, obligaris mihi, quamvis meos nummos non acceperis, quod igitur in duabus personis recipitur, hoc et in eadem persona recipiendum est, ut cum ex causa mandati pecuniam mihi debeas et convenerit, ut crediti nomine eam retineas, videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta. Aus der l. 34 pr. D. mandati 17, 1 von Africanus ergiebt sich, daß diese freiere Auffassung der Zeit Julians noch nicht geläufig war. Viele Neuere freilich legen den Ausspruch Ulpians enger aus, als hier geschieht. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 370 Anm. 11, Schey a. a. O. S. 84. Für die von uns vertheidigte Ansicht legt namentlich die in der folgenden Anmerkung citirte l 8 C. si certum pet. 4, 2 ein schweres Gewicht in die Wagschale.

10) l. 8 C. si certum pet. 4, 2. Daß der hier erörterte Fall recht wesentlich von dem bei Anm. 6 besprochenen differirt, liegt auf der Hand, wird aber doch zuweilen übersehen.

1) Eine besondere Darlehensklage war im prätorischen Edikte nicht aufgestellt. Vielmehr wurden Geldbarlehen mit der actio certae pecuniae creditae, Darlehen von anderen Objekten mit der condictio triticaria eingeklagt. Vgl. oben Bd. 1 § 131, Lenel, edictum S. 184 ff., Brinz Bd. 2 S. 479. Wenn gleichwohl von einer „mutui actio" die Rede ist, z. B. l. 5 C. quibus non objicitur l. t. pr. 7, 35, so bezieht sich das nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt der Klage.

2) l. 3 D. h. t. 12, 1.

3) Ueber l. 99 D. de solutionibus 46, 3 vgl. oben Bd. 2 § 26 Anm. 9.

4) l. 11 § 1 D. h. t. 12, 1.

— gratuitum.[5] In Rom forderte der Zinsvertrag für die Regel eine Stipulation, heutzutage ist er formlos.

Verzugszinsen liefen in Rom nicht von Darlehen als stricti juris negotia;[6] gemeinrechtlich verfallen sie auch von Darlehen.

Vereinbarungen über die Zeit der Rückgabe sind häufig; sie geschehen nicht selten stillschweigend, z. B. durch Annahme von Zinsen für die Zukunft.[7] In Ermangelung von Vereinbarungen darf aber das Darlehen jederzeit, ja unmittelbar nach der Hingabe zurückgefordert werden.

Den Darlehensschuldner trifft als Genusschuldner die Gefahr vom Momente des Empfanges der Darlehensvaluta an.[8]

Der klagende Gläubiger hat im Streitfalle die Auszahlung der Valuta als Darlehen zu beweisen. Dies geschieht vorzugsweise durch Empfangsbekenntnisse des Schuldners.[9] Dem Beklagten steht aber der

5) Vgl. oben Bd. 2 § 29. Siehe auch die bei Pernice, Labeo Bd. 2 S. 263 angeführten Stellen.

6) Vgl. oben Bd. 2 § 41 Anm. 5. Ein Ersatz lag zur klassischen Zeit in der Strafsponsion, wonach der in der a. pecuniae certae creditae Unterliegende dem Sieger ein Drittel der Klagsumme als Strafe zu leisten hatte. Gaj. Inst. IV. § 171.

7) l. 57 pr. D. de pactis 2, 14.

8) § 2 I. quibus modis re contrahitur obligatio 3, 14. Vgl. auch Pernice Labeo Bd. 2 S. 264.

9) Seit dem dritten Jahrhundert nach Christi Geburt bildete sich der Satz in Rom aus, daß schriftliche Empfangsbekenntnisse über Auszahlung der Darlehensvaluta in den Darlehensschuldscheinen von dem Aussteller ohne weiteres durch Protestation — exceptio oder querella non numeratae pecuniae — innerhalb einer gewissen Zeit nach ihrer Ausstellung als unverbindlich abgelehnt werden könnten, so daß dann der Gläubiger anderen Beweis für die Auszahlung des Darlehens bringen mußte. Und zwar durfte diese exceptio oder querella nach Justinians Verordnung noch binnen zwei Jahren nach Ausstellung des Scheines vorgebracht werden. l. 14 pr. C. h. t. 4, 30. War diese Zeit aber ohne Protestation verlaufen, so sollte der Gegenbeweis gegen die Urkunde ausgeschlossen sein, so daß dieselbe selbst dann verpflichtete, wenn in der That die Valuta nicht gegeben war. Daher bezeichnet Justinian derartige durch die Zeit gesicherte Schuldscheine gradezu als Litteralkontrakte. Tit. Inst. de litterarum obligatione 3, 21. Diese Rechtssätze lassen sich nur dadurch erklären, daß es in Rom allgemeine Sitte war, zuvörderst den Kapitalisten die Darlehensurkunde mit den Empfangsbekenntnissen einzuhändigen und dann die Valuta theils durch die Wechsler, welche die Geldgeschäfte der Kapitalisten führten, theils durch die zur Verwaltung ihrer Gelder angestellten Sklaven oder Prokuratoren auf Anweisung des Darlehensgläubigers in Empfang zu nehmen. Der Beweis der Auszahlung wurde dann durch die Bücher dieser Vertreter, und die ihnen gegebenen Empfangsbekenntnisse beziehungsweise durch ihr Zeugniß geführt. War freilich eine längere Zeit verflossen, so waren die Beweismittel über den realen Vorgang der Auszahlung der Valuta oft nicht mehr zu beschaffen. Aber jetzt stellte die förmliche Darlehensurkunde unanfechtbaren Beweis dar. — Wie dem auch sei, in Deutschland, wo derartige Verkehrsgebräuche nicht allgemein waren, erschien die Querel als höchst unbillig und irrationell. Wie kommt der Schuldner dazu, von ihm ausgestellte Empfangsbekenntnisse einfach durch Protestation zu annulliren. Von diesem Standpunkte aus erklärte dies seinerzeit Köster in defect. juris communis p. 151 „der gesunden Vernunft nach für ein unbegreifliches mysterium juris“, und Ludwig in seinen gelehrten Anzeigen T. 1 p. 288 „für ein Abenteuer,

Gegenbeweis offen, daß er dieſelben in Erwartung der Zahlung ausgeſtellt hat, die nicht erfolgt ſei.

2. Es iſt denkbar, daß auch der Darlehensgeber aus dem Geſchäfte haftbar wird. Er iſt z. B. erſatzpflichtig, wenn er falſche Geldſtücke unvorſichtigerweiſe gab und der Empfänger als Beſitzer derſelben zu Schaden kam, etwa wegen Falſchmünzerei angeklagt und verhaftet wird. Derartige Fälle ſind jedoch der großen Menge der Darlehensgeſchäfte gegenüber äußerſt ſelten. Die Römer haben ſie daher nicht beachtet und die Verpflichtung aus dem Darlehen als ſtreng einſeitige des Darlehensnehmers bezeichnet. Für die Regel iſt dies vollkommen zutreffend.

§ 88. Geldbarlehen an Hauskinder.[1]

Geldbarlehen an Hauskinder ſind in Folge des S. C. Macedonianum ungültig, ſofern ſie nicht unter der Zuſtimmung oder Genehmigung des Hausvaters geſchahen oder doch deſſen Intereſſen dienten.

Es liegt hierin ſinguläres Recht. Denn grundſätzlich können ſich Hauskinder wie Gewaltunabhängige ſelbſtändig durch Verträge verpflichten.[2] Nur ſind natürlich hierzu nicht fähig Unmündige, nach gemeinem Rechte auch nicht Minderjährige.[3]

Die Verpflichtungsfähigkeit der großjährigen Hauskinder war dem römiſchen Verkehre kaum entbehrlich, weil dieſelben in Rom, wo die väterliche Gewalt regelrecht erſt mit dem Tode des Vaters erloſch, einen ſehr großen Theil der volljährigen Bevölkerung ausmachten. Immerhin führten Geldbarlehen an Hauskinder zu Mißſtänden. Ein beſonders ſchreiender Fall — der Vatermord des von Wucherern bedrängten Haus-

deſſen offenbare Unbilligkeit jedem, der nur mit der Muttermilch nicht gar zu ſehr verkürzt worden, in die Augen leuchte". So berichtet Kreittmayr in den Anmerkungen zum codex Maximilianus Bavaricus IV Kap. 11 § 3. Nichtsdeſtoweniger galten die Beſtimmungen als gemeinrechtliche, mit denen man ſich mehr oder weniger gezwungen abzufinden hatte. Die beſte Darſtellung der exceptio non numeratae pecuniae giebt Gneiſt, die formellen Verträge 1845 S. 7 ff., vgl. die ſpätere Litteratur bei Windſcheid Bd. 2 § 272 Anm.; ſiehe ferner Huſchke a. a. O. S. 91, Mitteis, Reichsrecht S. 497. — Das Einführungsgeſetz zur C.P.O. § 7 Abſ. 1 beſtimmt: „Die Beweiskraft eines Schuldſcheins oder einer Quittung iſt an den Ablauf einer Zeit nicht gebunden." Damit iſt die Querel beſeitigt. Vgl. Ludwig Goldſchmidt in Iherings Jahrb. Bd. 24 Nr. 2.

1) Tit. Dig. de S. C. Macedoniano 14, 6, Cod. 4, 28. Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 431; dort ſiehe die „faſt überreiche" Litteratur. Vgl. auch Brinz Bd. 2 S. 481, Huſchke a. a. O. S. 149.

2) Siehe oben Bd. 1 § 52.

3) Oben Bd. 1 § 52.

— gratuitum.[5]
Stipulation, heu
Verzugszin
negotia;[6] geme
Vereinbar
ſchehen nicht ſ
die Zukunft.
Darlehen jede
Den T
Momente d
Der
Valuta al
Empfangs

5) Vg
angeführt
6) V
Straſſpe
Sieger e
7)
8)
Labeo
9)
Rom
valut
Prote
einer
könn
lehe
Ver
wer
ſo
ſelb
bez
Lit
laſ
de
u
te

d) Das Verbot tritt — im Interesse der Sicherheit des Verkehres — nicht ein, wenn der Gläubiger entschuldbarerweise nicht wußte, daß es ein Hauskind sei, dem er kreditirte.[14]

Das verbotene Geldgeschäft ist nicht nichtig, vielmehr nur durch exceptio S. C. Macedoniani anfechtbar.[15] Diese Einrede steht dem Hauskinde zu, und zwar vor wie nach der Endigung des Gewaltverhältnisses, nicht minder nach römischem Rechte dem aus der Schuld des Kindes mit der Pekulienklage belangten Vater,[16] selbstverständlich auch dessen Erben, endlich Bürgen, sowie sonstigen Intercedenten, wenn sie gegen das Hauskind Regreßrechte haben würden.[17]

Das Verbot berührt die natürliche Verbindlichkeit aus dem Darlehen nicht.[18]

Genehmigung durch das Hauskind während der Dauer der väterlichen Gewalt ist ohne Kraft; Genehmigung nach erlangter Selbständigkeit macht das Geschäft gültig.[19]

---

lehen Befreite ist der Hausvater. Um deswillen fällt die exceptio des Senatuskonsultes weg. So Windscheid Bd. 2 § 373 Anm. 11 und Huschke a. a. O. S. 168. Der letztere schiebt nach liberaret die Worte „ab eo" ein. Andere, z. B. Vangerow Bd. 1 § 245 Ziff. d unterstellen, der Hausſohn habe Geld aufgenommen, um sich von einer eigenen Schuld zu befreien. Manche schließen hieraus weiter, daß jedes Gelddarlehen gültig sei, welches durch ein Bedürfniß des Hauskindes hervorgerufen wurde. So Arndts § 282 Anm. 2 Ziff. d unter Anziehung der l. 47 § 1 D. de solutionibus 46, 3. Die römische Jurisprudenz hat aber eine so weitgehende Ausnahme, welche die Anwendung des Verbotes unsicher machen würde, nicht gekannt. Vgl. Mandry a. a. O. S. 454.

14) l. 3 pr., l. 19 D. h. t. 14, 6. Vgl. übrigens l. 7 § 7 D. h. t. 14, 6. Ulpianus libro 29 ad edictum: Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. sed et si alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate, severius dicendum est utrique nocere. idem est et in duobus reis stipulandi.

15) Die exceptio konnte, wenn sie nicht gegenüber der Klage vorgebracht war, noch in der Exekutionsinstanz vorgeschützt werden. l. 11 D. h. t. 14, 6. Dies ist durch die C.P.O. § 686 beseitigt. Der Beklagte hat zur Begründung der Einrede darzuthun, daß er bei Aufnahme des Gelddarlehens in väterlicher Gewalt stand. Hierzu genügt aber zunächst der Nachweis, daß damals sein Vater noch lebte. Behauptet Kläger, daß die väterliche Gewalt erloschen war, so muß er dies beweisen. R.O.H.G. Bd. 7 S. 26.

16) l. 6 pr. C. h. t. 4, 28. Da derzeit Pekulienklagen nicht mehr vorkommen, so ist diese Anwendung des Senatkonsultes nicht mehr praktisch.

17) l. 9 § 3 D. h. t. 14, 6, oben Bd. 2 § 79 Anm. 5.

18) Vgl. oben Bd. 2 § 5 Ziff. 4, insbesondere Anm. 9.

19) Es ist auch dies nicht unbestritten, vgl. Mandry a. a. O. S. 490. Pfandbestellung schließt die exceptio insoweit aus, als das Pfand reicht. l. 9 pr. D. h. t. Was die theilweise Zahlung einer durch exceptio S. C. Macedoniani anfechtbaren Darlehensschuld anlangt, so ist zu unterscheiden, ob sie als „Abschlagszahlung" geschah, dann ist in ihr die Anerkennung der ganzen Schuld zu sehen, oder ob dies nicht der Fall ist, dann fehlt jeder Grund dafür, den nicht getilgten Theil der Schuld als anerkannt zu erachten. Von der Unterstellung einer Abschlagszahlung geht l. 7 § 16 D. h. t. aus. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 548.

sohnes Macedo — veranlaßte daher das Verbot des S. C. Macedonianum.[4][5] Das Verbot betrifft:

a) Geldbarlehen, sowie sonstige der Geldbeschaffung bestimmte Kreditgeschäfte.[6][7]

Verpflichtende Geschäfte anderer Art, insbesondere Verkäufe und Verbürgungen, sind den Hauskindern nicht verwehrt, es sei denn, daß die Absicht einer Umgehung des Verbotes ersichtlich ist.[8]

b) Das Geldgeschäft muß sich während der Dauer der väterlichen Gewalt vollzogen haben.[9]

Das Hauskind aber, welches castrense peculium und quasi castrense hat, wird bis zur Höhe desselben wie ein Hausvater verpflichtet.[10]

c) Nicht verboten sind Geldgeschäfte, welchen der Hausvater von vornherein seine Zustimmung gab;[11] sie werden ferner durch dessen nachträgliche Genehmigung gültig,[12] nicht minder dadurch, daß der Ertrag in das Vermögen des Vaters fließt.[13]

---

4) l. 1 pr. D. h. t. 14, 6. Verba senatusconsulti Macedoniani haec sunt: „Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis ejus, cujus in potestate fuisset, actio petitioque daretur: ut scirent, qui pessimo exemplo foenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri. Vgl. die Erklärung der Worte des S. C. bei Keller, Institutionen S. 112.

5) Das S. C. wurde unter Vespasian erlassen. Sueton, Vespasian cap. 11. Tacitus ann. 11 cap. 13 berichtet schon von Claudius „et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filis familiarum fenori darent.“ Hieraus ist nicht zu schließen, daß bereits Claudius die Darlehen an Hauskinder schlechthin verbot, sondern nur, daß er gewisse Beschränkungen einführte. Der nähere Inhalt des Gesetzes läßt sich hieraus nicht entnehmen.

6) Dahin gehören nach römischem Rechte Stipulationsschulden behufs Entnahme von Geld l. 3 § 4, l. 4, l. 6 D. h. t. 14, 6, heute Wechselschulden zu diesem Zweck.

7) Darlehensgeschäfte, aus denen dem Darlehensschuldner kein Geld zufließt, fallen nicht unter das Verbot z. B. wenn dem Hauskinde Geld, welche es schuldet, vom Gläubiger statt der Darlehensvaluta überlassen wird. l. 3 § 3 D. h. t. 14, 6.

8) l. 3 § 3, l. 7 pr. D. h. t. 14, 6.

9) Vgl. l. 6 D. h. t. 14, 6.

10) l. 1 § 3, l. 2 D. h. t. 14, 6.

11) l. 7 § 11 D. h. t. 14, 6.

12) l. 7 pr. C. h. t. 4, 28.

13) l. 7 §§ 12 ff., l. 17 D. h. t. 14, 6, l. 2, l. 5 C. h. t. 4, 28. Es ist erforderlich eine in rem patris versio. Sie muß nicht von vornherein beabsichtigt sein. Eine Anwendung macht, wie der Zusammenhang der Stelle mit der vorgehenden Erörterung ergiebt, l. 7 § 14 D. h. t. 14, 6. Ulpianus libro 29 ad edictum: Si filius accepit mutuam pecuniam, ut eum liberaret, qui si peteret exceptione non summoveretur, senatusconsulti cessabit exceptio. Der hier durch das Dar-

d) Das Verbot tritt — im Interesse der Sicherheit des Verkehres — nicht ein, wenn der Gläubiger entschuldbarerweise nicht wußte, daß es ein Hauskind sei, dem er kreditirte.[14]

Das verbotene Geldgeschäft ist nicht nichtig, vielmehr nur durch exceptio S. C. Macedoniani anfechtbar.[15] Diese Einrede steht dem Hauskinde zu, und zwar vor wie nach der Endigung des Gewaltverhältnisses, nicht minder nach römischem Rechte dem aus der Schuld des Kindes mit der Pekulienklage belangten Vater,[16] selbstverständlich auch dessen Erben, endlich Bürgen, sowie sonstigen Intercedenten, wenn sie gegen das Hauskind Regreßrechte haben würden.[17]

Das Verbot berührt die natürliche Verbindlichkeit aus dem Darlehen nicht.[18]

Genehmigung durch das Hauskind während der Dauer der väterlichen Gewalt ist ohne Kraft; Genehmigung nach erlangter Selbständigkeit macht das Geschäft gültig.[19]

---

lehen Befreite ist der Hausvater. Um deswillen fällt die exceptio des Senatuskonsultes weg. So Windscheid Bd. 2 § 373 Anm. 11 und Huschke a. a. O. S. 168. Der letztere schiebt nach liberaret die Worte „ab eo" ein. Andere, z. B. Bangerow Bd. 1 § 245 Ziff. d unterstellen, der Hausſohn habe Geld aufgenommen, um sich von einer eigenen Schuld zu befreien. Manche schließen hieraus weiter, daß jedes Gelddarlehen gültig sei, welches durch ein Bedürfniß des Hauskindes hervorgerufen wurde. So Arndts § 282 Anm. 2 Ziff. d unter Anziehung der l. 47 § 1 D. de solutionibus 46, 3. Die römische Jurisprudenz hat aber eine so weitgehende Ausnahme, welche die Anwendung des Verbotes unsicher machen würde, nicht gekannt. Vgl. Mandry a. a. O. S. 454.

14) l. 3 pr., l. 19 D. h. t. 14, 6. Vgl. übrigens l. 7 § 7 D. h. t. 14, 6. Ulpianus libro 29 ad edictum: Proinde et si alius mutuam dedit, alius stipulatus est, dabitur adversus eum exceptio, licet hic non dederit. sed et si alteruter eorum ignoravit in patris esse potestate, severius dicendum est utrique nocere. idem est et in duobus reis stipulandi.

15) Die exceptio konnte, wenn sie nicht gegenüber der Klage vorgebracht war, noch in der Exekutionsinstanz vorgeschützt werden. l. 11 D. h. t. 14, 6. Dies ist durch die C.P.O. § 686 beseitigt. Der Beklagte hat zur Begründung der Einrede darzuthun, daß er bei Aufnahme des Gelddarlehens in väterlicher Gewalt stand. Hierzu genügt aber zunächst der Nachweis, daß damals sein Vater noch lebte. Behauptet Kläger, daß die väterliche Gewalt erloschen war, so muß er dies beweisen. R.O.H.G. Bd. 7 S. 26.

16) l. 6 pr. C. h. t. 4, 28. Da derzeit Pekulienklagen nicht mehr vorkommen, so ist diese Anwendung des Senatkonsultes nicht mehr praktisch.

17) l. 9 § 3 D. h. t. 14, 6, oben Bd. 2 § 79 Anm. 5.

18) Vgl. oben Bd. 2 § 5 Ziff. 4, insbesondere Anm. 9.

19) Es ist auch dies nicht unbestritten, vgl. Mandry a. a. O. S. 490. Pfandbestellung schließt die exceptio insowett aus, als das Pfand reicht. l. 9 pr. D. h. t. Was die theilweise Zahlung einer durch exceptio S. C. Macedoniani anfechtbaren Darlehensschuld anlangt, so ist zu unterscheiden, ob sie als „Abschlagszahlung" geschah, dann ist in ihr die Anerkennung der ganzen Schuld zu sehen, oder ob dies nicht der Fall ist, dann fehlt jeder Grund dafür, den nicht getilgten Theil der Schuld als anerkannt zu erachten. Von der Unterstellung einer Abschlagszahlung geht l. 7 § 16 D. h. t. aus. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 548.

§ 89. Das Seedarlehen.[1]

Für den Verkehr des Alterthums war von größter Wichtigkeit das Seedarlehen — foenus nauticum, pecunia trajectitia. In Griechenland ausgebildet, ging dies Institut in das römische Recht über.

Bei dem Seedarlehen ist die Verpflichtung des Seedarlehensnehmers zur Rückzahlung der Darlehenssumme und der bedungenen Zinsen eine bedingte, nämlich abhängig von der Bedingung glücklicher Fahrt.[2]

Das Geschäft hatte, wie es scheint, ursprünglich die Gestalt, daß das geliehene Geld selbst nach dem Bestimmungshafen verschickt wurde, um dort zum Ankaufe von Waaren für die Heimath zu dienen. Die Verpflichtung des Darlehensschuldners wurde hierbei von der Ankunft der entliehenen Gelder in dem überseeischen Hafen abhängig gemacht. Später wurden auch Seedarlehen zur Anschaffung von Waaren für den Export gegeben, so daß die Verpflichtung des Darlehensnehmers von der Ankunft dieser Waaren im Bestimmungshafen abhing.[3] Schließlich gab man auch Darlehen zur Reparatur von Schiffen oder zur Löhnung der Mannschaft mit der Bestimmung, daß die Rückzahlung nur für den Fall der Ankunft des Schiffes im Bestimmungshafen zu erfolgen habe.

Man pflegte genaue Bestimmungen über die Reise zu treffen, so daß bei deren willkürlicher Nichtbeachtung der Gläubiger von der Gefahr frei wurde. Namentlich gab man über die Richtung der Fahrt, sowie die Zeit der Reise solche Vorschriften.[4]

Als selbstverständlich galt, daß der Gläubiger nur die Seegefahr trug. Verschuldung des Darlehensnehmers[5] oder der Schiffsmannschaft oder innere Verderbniß der Güter fielen ihm nicht zur Last.

Für die Uebernahme der Gefahr durften Zinsen über das gesetzliche Maximum ausbedungen werden.

Justinian jedoch beschränkte das Maximum auf 12 %.[6] Sehr ge-

1) Tit. Dig. de nautico faenore 22, 2, Cod. 4, 33. Matthias, das foenus nauticum und die geschichtliche Entwickelung der Bodmerei 1881, Schröder in Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 4 S. 235. Eine interessante Urkunde über ein Seedarlehen enthält l. 122 § 1 D. de verb. obl. 45, 1. Vgl. hierüber Goldschmidt, Untersuchungen zu l. 122 § 1 D. de v. o. 1855.

2) Die abweichende Ansicht Savignys, System Bd. 6 S. 131 Anm. m hat mit Recht keinen Anklang gefunden.

3) l. 1 D. h. t. 22, 2.

4) l. 6 D. h. t. 22, 2. Matthias a. a. O. S. 18.

5) l. 4 C. h. t. 4, 33.

6) l. 2 C. h. t. 4, 33, l. 26 § 2 C. de usuris 4, 32. Ihering in seinen Jahr-

wöhnlich war es, die mit dem Darlehen angeschafften Objekte für dasselbe zu verpfänden.[7] Es war dies indessen nichts Nothwendiges oder Selbstverständliches.

Aehnlichkeit mit dem antiken Seedarlehen hat der Bodmereivertrag des neueren Seerechtes. Bei demselben kann sich aber der Darleiher nur an die verpfändeten Gegenstände — Schiff, Fracht, Ladung — halten, ohne daß der Darlehensnehmer sich persönlich verpflichtet. In Folge dessen erlischt das Recht des Darleihers ohne Weiteres mit dem zufälligen Untergange der verpfändeten, über See gehenden Objekte.[8]

Seedarlehen in römischer Weise sind dem heutigen Verkehre fremd.

Der Darlehensgläubiger kann natürlich auch sonst eine Gefahr übernehmen und sich hierfür besondere Vortheile ausbedingen.[9]

II. Kommodat und Prekarium.

§ 90. Das Kommodat.[1]

Kommodat — Leihe im engeren Sinne — ist die unentgeltliche Ueberlassung einer Sache seitens des Verleihers — des Kommodanten — an den Entlehner — den Kommodatar — zum Gebrauche unter der Verpflichtung ihrer Rückgabe nach dessen Beendigung.[2]

Darlehen und Kommodat haben beide den Zweck des Leihens;

---

büchern Bd. 19 S. 1 behauptet, Justinian habe das Zinsmaximum von 12% nicht für die Zeit der Seegefahr festgestellt, sondern für die Landzinsen, welche meist neben den Seezinsen für die Zeit vor der Abfahrt und nach der Ankunft des Schiffes bis zur Zahlung ausgemacht wurden. Matthias a. a. O. S. 29 hat diese Ansicht adoptirt. Sie entspricht aber den Worten Justinians nicht. Ein Zinsmaximum für Seezinsen mag irrationell gewesen sein, dies kann aber nicht genügen, dasselbe in Frage zu stellen. Denn Justinians Kreditgesetzgebung war auch in vielen anderen Punkten eine irrationelle. Vgl. Karl Büchel, das gesetzliche Zinsmaximum beim foenus nauticum 1883.

7) l. 4 pr., l. 6 D. h. t. 22, 2. Matthias a. a. O. S. 42.

8) Man unterscheidet die „eigentliche" Bodmerei, d. h. die Nothbodmerei des Schiffers — welche das H.G.B. allein in §§ 680 ff. regelt — und die „uneigentliche", der Regelung der Landesgesetze überlassene, welche von dem Rheder aufgenommen wird. Nur jene Bodmerei des Schiffers ist in Deutschland „von einiger praktischer Wichtigkeit". Beseler, d. P.R. S. 1212.

9) l. 5 pr. D. h. t. 22, 2.

1) Tit. Dig. commodati vel contra 13, 6, Cod. de commodato 4, 23.

2) Das Kommodat ist Realvertrag. § 2 I. qu. m. re contr. obligatio 3, 14, l. 1 § 3 D. de obl. et act. 44, 7. Natürlich können dem Kommodat Vereinbarungen vorhergehen, welche zum Verleihen verbinden. Sehr häufig wird aber die Zusage, zu leihen z. B. ein Buch, wenn man es gelesen, nicht in der Absicht ertheilt, sich juristisch zu verbinden. Die Lebenserfahrung ergiebt, was gemeint war.

gleichwohl sind ihre rechtlichen Wirkungen sehr verschiedene. Der Darlehensnehmer wird Eigenthümer des Geliehenen, der Kommodatar bloßer Detentor für den Kommodanten, welcher den juristischen Besitz und Eigenthum behält.[3] Der Darlehensschuldner ferner ist zur Rückerstattung von ebensoviel verbunden, der Kommodatar zur Rückgabe der speciellen Sache. Der Darlehensschuldner trägt in Folge dessen die Gefahr, der Kommodatar steht nur für seine Verschuldung ein, so daß zufälliger Untergang oder Verderb der geliehenen Sache den Kommodanten trifft. Ein Darlehen endlich wird nur bei Fungibilien anerkannt; das Kommodat ist an Objekten jeder Art möglich, nicht bloß an Mobilien, sondern auch an Immobilien.[4] Selbst Fungibilien, insbesondere Inhaberpapiere, können kommodirt werden, z. B. zum Zwecke der Verpfändung.[5]

Wesentlich ist dem Kommodat die Unentgeltlichkeit. Durch sie unterscheidet es sich von der Sachenmiethe.[6] Das Entnehmen von Büchern aus einer Leihbibliothek gegen ein Leihgeld ist also Miethe, nicht Kommodat.

Kommodirt kann auch werden, was dem Verleiher nicht zu eigen und nicht in seinem Besitz ist, z. B. von ihm bloß gemiethetes, ja selbst gestohlenes Gut.[7] Dasselbe ist daher dem Dieb vom Entlehner zurückzugeben, so lange es nicht für den Eigenthümer in Anspruch genommen ist.

1. Die Hauptverpflichtung aus dem Geschäft ist die des Kommodatars. Sie wird mit der a. commodati directa geltend gemacht. Und zwar hat der Kommodatar

a) die geliehene Sache zu verwahren,[8] er darf sie nur vertrags-

---

3) l. 8 D. h. t. 13, 6. Pomponius libro 5 ad Sabinum: Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus. l. 9 D. eod., l. 3 § 20 D. de adq. vel amitt. poss. 41, 2.

4) Labeo nahm an, nur Mobilien könnten kommodirt werden, aber die klassische Jurisprudenz erachtete auch das Kommodat von Grundstücken, insbesondere von Wohnungen für zulässig, l. 1 § 1 D. h. t. 13, 6. Immerhin galt es als gerathener, „praescriptis verbis“ zu klagen, weil man nicht sicher war, ob der judex ein derartiges Kommodat anerkannte. l. 17 pr. D. de praescriptis verbis 19, 5.

5) Bolze, Praxis des Reichsgerichts Bd. 1 S. 207; l. 3 § 6 D. h. t., 13, 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: Non potest commodari id, quod usu consumitur, nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat. l. 4 D. eod, l. 18 § 1 D. de rebus cred. 12, 1. Auch unentgeltliche zeitweise Ueberlassung eines Rechtes bildet ein Kommodat.

6) § 2 I. qu. modis re contr. obligatio 3, 14. l. 5 § 12 D. h. t. Ulpianus libro 28 ad edictum: Rem tibi dedi, ut creditori tuo pignori dares: dedisti: non repigneras, ut mihi reddas. Labeo ait commodati actionem locum habere: quod ego puto verum esse, nisi merces intervenit: tunc enim vel in factum vel ex locato conducto agendum erit.

7) l. 15, l. 16 D. h. t. 13, 6. — Richtig ist das Kommodat, wenn die entliehene Sache dem Entlehner gehörte. l. 15 D. depositi 16, 3. Dies bezieht sich aber nicht auf Fälle, in denen dem Eigenthümer das Recht, seine Sache zu gebrauchen, nicht zusteht, z. B. wenn er seine Sache von deren Nießbraucher leiht.

8) l. 5 § 2, l. 10 D. h. t. 13, 6, l 18 pr. D. eod. Daß der Kommodatar

mäßig gebrauchen und ist für jede Verschuldung verantwortlich. Zufall, welcher die Sache verschlechtert oder vernichtet, fällt ihm zur Last, wenn er sie gewinnsüchtig anders oder mehr gebraucht, als ihm durch den Kommodanten verstattet war, da hierin ein furtum usus liegt,[9] ferner bei Unterschlagung, sowie nach Verzug. In dem Ausnahmefall, daß die Leihe nur im Interesse des Kommodanten geschah, steht der Entlehner nur für dolus und culpa lata ein.[10]

b) Nach beendetem Gebrauch, sowie nach Verlauf der für den Gebrauch zugestandenen Zeit hat der Entlehner das Geliehene zurückzustatten und zwar zu bringen.[11 12]

Die Dauer des Rechts zum Gebrauch bestimmt sich nach der Vereinbarung, eventuell nach dem Zweck der Leihe, wie er dem Kommodanten beim Geschäftsschluß mitgetheilt war, sowie nach dem Herkommen.[13]

---

auch für „custodia" der kommodirten Sache insoweit haftet, daß solche durch die Sorgfalt des sorgfältigen Hausvaters gefordert wird — l. 5 § 6 D. h. t. —, versteht sich von selbst. Die Ansicht Barons im Archiv für civ. Praxis Bd. 52 S. 65, daß der Kommodatar für custodia in weiterem Maße hafte, als sie ein sorgfältiger Hausvater vorsieht, ist unbegründet. Vgl. auch Windscheid Bd. 2 § 375 Anm. 8.

9) In der Annahme eines furtum usus sind die Römer außerordentlich weit gegangen, l. 5 § 8 D. h. t. Ulpianus libro 28 ad edictum: Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur, ut Julianus libro 11 Digestorum scripsit. denique ait, si tibi codicem commodavero et in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris egoque hoc interlevero, si quidem ad hoc tibi commodavero, ut caveretur tibi in eo, teneri me tibi contrario judicio: si minus, neque me certiorasti tibi chirographum esse scriptum: etiam teneris mihi, inquit, commodati, immo, ait, etiam furti, quoniam aliter re commodata usus es, quemadmodum qui equo, inquit, vel vestimento aliter quam commodatum est, utitur, furti tenetur.

10) l. 5 § 10 D. h. t. 13, 6. Ulpianus libro 28 ad edictum: Interdum plane dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit, ut puta, si quis ita convenit: vel si sua dumtaxat causa commodavit, sponsae forte suae vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, vel si quis ludos edens praetor scaenicis commodavit, vel ipsi praetori quis ultro commodavit. Weiteres Beispiel: man verleiht ein Buch an einen Freund, damit dieser uns über den Inhalt orientire.

11) Daß der Kommodatar die Sache zurückzubringen habe, nimmt entsprechend der zu unterstellenden Absicht der Kontrahenten mit Recht Windscheid Bd. 2 § 282 Anm. 4 an. Hierfür scheint auch die von ihm angeführte l. 12 § 1 D. h. t. 13, 6 zu sein.

12) Bezüglich des Rückhaltungsrechts sind die bei der Miethe geltenden Grundsätze — vgl. unten § 111 Anm. 23 — entsprechend anzuwenden. Siehe weiter l. 4 C. h. t. 4, 23. Die Einrede des Kommodatars, daß er selbst Eigenthümer der geliehenen Sache sei, ist nach l. 15 D. depositi 16, 3 zulässig.

13) Mehrere Schriftsteller behaupten, dem Kommodat sei wesentlich, daß bei ihm ein bestimmter Gebrauch ausdrücklich vereinbart werde, während sich dies beim Prekarium anders verhalte. Allein ein solcher Satz folgt weder aus der Natur der Sache, noch ergiebt er sich aus den Quellen. Vgl. Bangerow Bd. 3 § 691 Ziff. VI S. 613.

Auch Zubehör und Alles, was er sonst in Folge des Kommodates erhielt, hat der Kommodatar zu erstatten.[14]

2. Aus dem Kommodat können sich umgekehrt Ansprüche des Kommodatars gegen den Kommodanten entwickeln, für welche die actio commodati contraria bestimmt ist. Sie gehen:

a) auf Erstattung erheblicher Auslagen, wenn sie nothwendig oder unter Zustimmung des Kommodanten gemacht oder nach den Grundsätzen unbeauftragter Geschäftsführung zu vergüten sind. Regelmäßig wiederkehrende — s. g. laufende — Kosten, z. B. für Fütterung eines Pferdes, kompensiren sich mit dem Gebrauch und sind nicht zu vergüten,[15] sofern die geliehene Sache gebraucht wurde oder wenigstens brauchbar war.

b) Ersatz des durch seinen dolus oder culpa lata dem Kommodatar verursachten Schadens hat der Kommodant gleichfalls zu leisten. Ein Hauptfall ist Schädigung durch unzeitige Zurücknahme, z. B. ein gestütztes Haus ist in Folge unzeitiger Wegnahme geliehener Stützen zusammengebrochen.[16][17]

§ 91. Das Prekarium.[1]

Prekarium[2] ist die unentgeltliche Ueberlassung einer Sache oder eines Rechtes[3] auf beliebigen Widerruf.

14) l. 38 § 10 D. de usuris 22, 1. Ueber die Frage, ob der Kommodatar, welchem die kommodirte Sache gestohlen war, dem Kommodanten die beigetriebene Diebstahlsstrafe herausgeben müsse, bestand eine Kontroverse, welche Justinian in der l. 22 C. de furtis 6, 2 entschied. Vgl. hierüber Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 147 ff.

15) l. 18 § 2 D. h. t. 13, 6. Der Kommodatar hat wegen derartiger Forderungen auch ein Retentionsrecht; l. 15 § 2, l. 60 D. de furtis 47, 2.

16) l. 17 § 3 D. h. t. 13, 6. Paulus libro 29 ad edictum: Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere ejus est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit . . ., tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Vgl. ferner l. 18 § 3, l. 22 D. eod.

17) Der Kommodant ist auch schadensersatzpflichtig, wenn er Mängel der verliehenen Sache kannte und sie dem Kommodatar nicht anzeigte, es sei denn, daß er annehmen konnte, dieser kenne sie oder sie seien für ihn nicht erheblich. l. 18 § 3, l. 22 D. h. t. 13, 6.

1) Tit. Dig. de precario 43, 26, Cod. 8, 9. G. E. Schmidt, das Kommodat und Prekarium 1841; Dankwardt, das Prekarium und die Emphyteuse in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 S. 290; Lenel ebendaselbst Bd. 19 S. 208; Bekker, Besitz S. 122 ff. Eine sehr anschauliche und zutreffende Darstellung des römischen Prekarium findet sich bei Fustel de Conlanges, histoire des institutions politiques de l'ancienne France, les origines du système féodal, Paris 1890 p. 63. Vgl. Max Weber, römische Agrargeschichte 1891, Ihering, Besitzwille S. 389.

1. Das Prekarium war in Rom seit uralter Zeit ein wichtiges sociales, aber bloß thatsächliches Verhältniß, vermöge dessen der Patron dem Klienten, dann überhaupt der Vornehme oder Reiche dem kleineren Manne, der von ihm abhängig war, aus Gnaden unentgeltlich Vergünstigungen gewährte.[4] Es begründete ein Treueverhältniß des Empfängers — des Prekaristen —, nicht ein Rechtsverhältniß. Denn das Recht war nach der altrömischen Anschauung ein bestimmt abgeschlossenes Gebiet, in welchem die Form und die Regel herrschte. Für das Prekarium war es charakteristisch, daß es außerhalb derselben stand.

Nach römischer Vorstellung beruhte also das Prekarium nicht auf Vertrag. War ein Kontrakt über die Rückgabe einer unentgeltlich auf Widerruf überlassenen Sache geschlossen, so entstand kein Prekarium.[5] Aus dem Prekarium entsprang daher keine Kommodatsklage, denn diese stützte sich auf einen Vertrag, welcher beim Prekarium nicht als beabsichtigt galt.

Der Geber des Prekarium hatte hiernach freies Widerrufsrecht, selbst wenn er dem Prekaristen das Belassen in Aussicht gestellt hatte. Widerrufsverzicht bei einem Prekarium war ohne rechtliche Geltung.[6]

Auch der Prekarist war nicht kontraktlich gebunden. Das interdictum de precario, welches das prätorische Edikt dem Geber gegen den Prekaristen gewährt hatte,[7] hatte Aehnlichkeit mit einer Vindikation. Es gründete sich auf einen Zustand — das precario ab illo habere — eventuell auf Dolus.[8]

In der Kaiserzeit verschärfte man die Haftpflicht des Prekaristen. Man stellte culpa lata auch hier dem Dolus gleich, ließ ferner den Besitzer von der Klageerhebung an für den Zufall haften[9] und ge-

2) l. 1 pr. D. h. t. 43, 26. Ulpianus libro 1 institutionum: Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur tamdiu, quamdiu is qui concessit patitur.

3) l. 2 § 3, l. 3, l. 8 § 5, l. 15 § 2 D. h. t. 43, 26. Die häufige Betonung dürfte darthun, daß in dem ursprünglichen Begriff des Prekariums die Ueberlassung eines Rechtes nicht lag.

4) Vgl. auch oben Bd. 1 § 263.

5) l. 15 § 3 D. h. t. 43, 26. Pomponius libro 29 ad Sabinum: Cum quis de re sibi restituenda cautum habet, precarium interdictum ei non competit.

6) l. 12 pr. D. h. t. 43, 26. Celsus libro 25 Digestorum: Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in kalendas Julias precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat.

7) Die Formel des Interdiktes giebt l. 2 pr. D. h. t. 43, 26, vgl. Lenel, edictum S. 399.

8) Dies nach Bekker, Besitz a. a. O. S. 130.

9) l. 8 §§ 4 und 6 D. h. t. 43, 26.

währte endlich dem Geber nach allgemeinen Grundsätzen eine Kondiktion auf Rückgabe des Besitzes, welcher nach dem Widerruf sine causa beim Prekaristen war.[10] Die actio praescriptis verbis aber, die sich in Justinians Pandekten außerdem findet, also eine kontraktliche Klage, gehört der nachklassischen Zeit an, welche für das Institut kein rechtes Verständniß mehr hatte.[11]

Der Prekarist hat in der Regel juristischen Besitz.[12]

2. Auch heutzutage findet sich Ueberlassung von Sachen und von Rechten zum Prekarium. Ein solches hat aber nur einzelne der römischen Züge.

Wohl verständlich ist auch heutzutage, daß man zwar etwas auf kürzere oder längere Zeit zu Gebrauche oder Nutzung überläßt, daß man aber durchaus nicht rechtlich zur Belassung gebunden sein will, so daß, was ursprünglich Vergünstigung war, jederzeit freie Konzession bleibt. In diesem Sinne kommt ein Prekarium heutzutage vor.[13]

Der Prekarist hat auch heute in der Regel gemäß der römischen Rechtsregel juristischen Besitz.

Dagegen ist uns die Vorstellung völlig fremd, daß der Empfänger einer frei widerruflichen Gabe seinerseits *nicht rechtlich gebunden sein soll*, vielmehr erscheint er uns sowohl zur Rückgabe wie zur sorgfältigen Behandlung kontraktlich verpflichtet. Daher steht er auch für jede Verschuldung ein. Nach dieser Seite ist ein Unterschied von Kommodat und Prekarium nicht aufrecht zu erhalten.

10) l. 19 § 2 D. h. t. 43, 26, abgedruckt Anm. 11.

11) Von einer actio praescriptis verbis ist in zwei Stellen der Pandekten die Rede. Einmal in der l. 19 § 2 D. h. t. Julianus libro 49 digestorum: Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et *incerti condictione, id est praescriptis verbis*. Daß die letzten Worte nicht von Julian herrühren, ist mit Händen zu greifen. Denn Julian konnte unmöglich die condictio, die eine actio stricti juris auf Rückgabe war, mit der actio praescriptis verbis, eine actio bonae fidei auf Erfüllung des Versprochenen identificiren. Ferner spricht von einer actio praescriptis verbis die l. 2 § 2 D. h. t. Ulpianus libro 71 ad edictum ... itaque cum quid precario rogatum est, non solum hoc interdicto uti possumus, sed etiam praescriptis verbis actione, quae ex bona fide oritur. Ist in der l. 19 § 2 cit. die Unechtheit unzweifelhaft, so ist sie auch hier anzunehmen, um so mehr, als der Zusatz „quae ex bona fide oritur“ recht schülerhaft klingt. Allerdings findet sich auch bei Paul. sent. V 6 § 10 die Aeußerung „tamen et civilis actio hujus rei, sicut commodati competit“. Hieraus läßt sich schließen, daß wir es in allen diesen Stellen mit *Glossen nachklassischer Rechtslehrer* und nicht mit Erfindungen der Kompilatoren zu thun haben. Die Unechtheit ist nichtsdestoweniger gewiß. Vgl. Grabenwitz, Interpolationen S. 128, anders Windscheid Bd. 2 § 376 Anm. 3.

12) Vgl. oben Bd. 1 § 173.

13) Ist etwas als Prekarium gegeben, aber unter Widerrufsverzicht für eine gewisse Zeit, so ist nicht wie in Rom der *Verzicht* unverbindlich — oben Anm. 5 —, vielmehr ist dieser gültig, es liegt aber *kein Prekarium* vor, sondern nur eine ungenaue Bezeichnung des Leihverhältnisses.

In Folge dessen ist das Prekarium zu einer Unterart des Kommodates geworden. Es zeichnet sich vorzugsweise durch die freie Widerruflichkeit aus.

III. Depositum.[1]

§ 92. Begriff des Depositums. Verbindlichkeiten.

Depositum — Hinterlegung — ist Uebergabe von Objekten zu unentgeltlicher Aufbewahrung.[2]

Es ist Realkontrakt. Natürlich sind aber auch Verträge denkbar, durch welche man sich zur Annahme von Depositen verbindet.

Das Depositum bezweckt Verwahrung; wird aber besondere, über das Gewöhnliche hinausgehende Bewachung versprochen, so ist das Geschäft Mandat.[3] Mit Unrecht schließen Manche hieraus, das Depositum verbinde überhaupt nicht zur Verwahrung, sondern nur zur Gewährung eines Raumes zu dem Ende, daß die Sache bewahrt sei.[4]

Unentgeltlichkeit ist wesentlich; Verwahrung gegen Lohn ist Miethkontrakt.[5 6]

Das Depositum beschränkt sich nicht auf Mobilien, an die man

---

1) Tit. Dig. depositi 16, 3, Cod. 4, 34. Ueber Edikt und Formeln vgl. Lenel, edictum S. 230. Siehe auch Dernburg, Kompensation 2. Aufl. S. 51.

2) Der Name allein entscheidet nicht. Auch was als Pfand hinterlegt ist, bezeichnet der Verkehr oft als „Depot". Immerhin hat man sich zunächst an den Namen zu halten.

3) l. 1 pr. D. h. t. 16, 3. Ulpianus libro 30 ad edictum: Depositum est, quod custodiendum alicui datum est. Ebenso l. 1 § 9, l. 6 D. eod. Mit dieser Definition scheint freilich nicht zu stimmen, daß Ulpian weiter in l. 1 § 12 cit. ausführt: Quod si rem tibi dedi, ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires, nec eam recepit, videndum est, utrum depositi tantum an et mandati actio sit. et Pomponius dubitat: puto tamen mandati esse actionem, quia plenius fuit mandatum habens et custodiae legem; ebendies gilt von § 17 I. de obl. ex delicto 4, 1, wonach der Depositar „custodiam non praestat". Widerspruch ist aber nicht vorhanden. Die volle Bewachungspflicht, wie sie der sorgfältige Hausvater vorzunehmen pflegt oder wie sie durch besonderen Vertrag vereinbart wird, ist dem Depositum fremd. Die gewöhnliche Obhut, die ohne culpa lata nicht versäumt werden kann, liegt allerdings in seinem Begriff.

4) Windscheid Bd. 2 § 378 Anm. 1. Richtiger erklärte ein alter Praktiker: si studiosus vel scholaris in alterius scholaris museo librum collocet scientis et patientis non est depositum. Vgl. Brinz Bd. 2 § 317 Anm. 3.

5) l. 1 § 8 und 9 D. h. t. 16, 3. Nicht im Widerspruch steht l. 2 § 23 D. vi bon. rapt. 47, 8, wo „pretium depositionis" Entschädigung für Kosten ist. Unterholzner, O.R. Bd. 2 S. 661.

6) Kein Depositum liegt vor, wenn etwas bei Gelegenheit eines anderen Kontraktes, z. B. eines Mandates, zur Verwahrung übergeben wird; „uniuscujusque enim contractus initium spectandum et causam": l. 8 pr. D. mandati 17, 1.

allerdings zunächst denkt;[7] es findet sich auch bezüglich Immobilien insbesondere in der Form der Sequestration.

Nicht in Betracht kommt, ob der Deponent Eigenthümer ist; selbst das Depositum von gestohlenem Gute ist daher dem Dieb zurückzugeben, so lange es nicht für den Bestohlenen mit Beschlag belegt ist.[8]

Der Depositar wird nicht juristischer Besitzer der bei ihm hinterlegten Sache, vielmehr detinirt er dieselbe für den Deponenten.[9]

1. Die Hauptverbindlichkeit aus dem Depositum hat der Depositar. Gegen ihn richtet sich die actio depositi directa. Und zwar liegt ihm ob:

a) Verwahrung der deponirten Sache. Dieselbe hat in vereinbarter und üblicher Weise, in der Regel durch den Depositar persönlich zu geschehen. Besondere Gründe können eine andere Verwahrungsweise rechtfertigen.[10]

b) Herausgabe der Sache mit ihrem Zubehör[11] und Allem, was sie bei ihm abwarf.[12] Die Rückgabe hat am Orte, an dem sich die Sache zur Zeit befindet, zu geschehen.[13] Doch ist sie dem Deponenten auch auf Verlangen auf dessen Kosten und Gefahr zuzusenden. Hat sie der Depositar willkürlich — dolo oder culpa lata — verbracht, so ist sie da zurückzustellen, wo sie deponirt wurde.[14]

c) Haftung für dolus und culpa lata.[15] Im Falle einer Unterschlagung — furtum rei —, widerrechtlichen Gebrauches in gewinnsüchtiger Absicht — furtum usus —, oder wenn er in Verzug gesetzt ist, haftet der Depositar für Zufall.[16]

---

7) Viele beschränken das Depositum auf Mobilien. So Windscheid Bd. 2 § 377 Anm. 4, welcher dies aus seinem Begriff des Depositums: „der Gewährung eines Raumes" ableiten will.

8) l. 1 § 39 D. h. t. 16, 3, l. 31 § 1 D. eod.

9) l. 3 § 20 D. de a. vel o. poss. 41, 2, l. 7 § 1 D. h. t. 16, 3.

10) Aus l. 16 D. h. t. 16, 3 ist nicht zu folgern, daß man zur Unterbringung deponirter Sachen bei einem Unterdepositar ohne weiteres berechtigt ist, sondern daß man dem Deponenten nur seine Klagen gegen den Unterdepositar abzutreten hat, wenn man befugter Weise weiter deponirte.

11) l. 1 § 5 D. h. t. 16, 3 wollte wohl nur die selbständige Klage wegen des Zubehörs abschneiden, kann aber auch in diesem Sinne nicht mehr als praktisch gelten. Siehe ferner l. 1 § 41 D. h. t.

12) l. 1 § 24 D. h. t. 16, 3. Ueber die Zeit der Rückforderung siehe oben § 34 Anm. 11.

13) l. 12 pr. § 1 D. h. t. 16, 3.

14) Vgl. noch oben Bd. 2 § 32 Anm. 2.

15) Vgl. oben Bd. 2 § 36 Ziff. 2. Erben des Depositars haften aus dem Verschulden des Erblassers zu ihrem Erbtheil, aus eigenem Verschulden in solidum. l. 7 § 1, l. 9, l. 18 D. h. t. 16, 3.

16) l. 1 § 25, l. 12 § 3 D. h. t. 16, 3, l. 3 C. h. t.

Auch hat er in solchen Fällen Zinsen geschuldeter Geldbeträge zu entrichten.[17]

Der Deponent sollte möglichst gesichert sein. Er hatte Konkursprivilegien,[18] der Depositar, welcher es zu seiner Verurtheilung kommen ließ, wurde infam;[19] wenn das Depositum in besonderer Gefahr gegeben war, so erfolgte bei Nichtzurückgeben Verurtheilung ins Doppelte.[20] Dies Alles ist nicht praktischen Rechtens.

Dagegen hat sich erhalten, daß gegenüber der Forderung aus dem Depositum jede Kompensation oder Retention wegen Gegenforderungen ausgeschlossen ist.[21] Dies gilt selbst für Gegenforderungen aus dem Depositum.[22]

2. Der Deponent ist dem Depositar mit der actio depositi contraria verbunden:

a) wegen Verschuldung.[23] Insbesondere ist er schadensersatzpflichtig, wenn er eine gefährliche Sache, z. B. ein Pulverfaß, unvorsichtigerweise ohne Anzeige der Gefahr deponirt hat.

b) Aufwendungen, welche zur Erhaltung der deponirten Sache nothwendig waren oder auf Anweisung des Deponenten oder zu dessen Nutzen und nach dessen Intentionen geschahen, sind dem Depositar — mit Zinsen — zu vergüten.[24]

---

17) l. 3, l. 4 C. h. t. 4, 34.

18) l. 7 § 2 und § 3, l. 8 D. h. t. 16, 3, l. 24 § 2 D. de rebus a. jud. poss. 42, 5.

19) l. 6 §§ 6 und 7 D. de his qui not. inf. 3, 2.

20) l. 1 § 1 D. h. t. 16, 3.

21) l. 11 C. h. t. 4, 34.

22) Gehört die deponirte Sache dem Depositar, so ist das Depositum nichtig. l. 15 D. h. t. 16, 3. Ist gleichwohl der Einwand des Eigenthums gegenüber der actio depositi ausgeschlossen? Dies nimmt Windscheid Bd. 2 § 378 Anm. 3 an, mit Beziehung auf die Worte der l. 11 C. h. t., wonach der Klage aus dem Depositum auch keine Klagen „in rem" entgegengestellt werden sollen. Doch seine Ansicht ist nicht richtig. Denn der Empfänger des Depositums schützt keine dingliche Klage vor, sondern leugnet die Rechtsbeständigkeit des Depositums der eigenen Sache. Hat der Depositar die deponirte Sache vom Deponenten nach der Deposition erworben, so ist vollends unzweifelhaft, daß er dies der Klage aus dem Depositum entgegenstellen darf, denn das Depositum hat hiermit sein Ende gefunden. Für das Letztere R.G. Bd. 15 S. 208 und Windscheid a. a. O. Darf der Depositar die bei ihm deponirte Sache wegen einer ihm an den Deponenten zustehenden Forderung pfänden lassen? Man wird dies zu bejahen haben, da er sie auch pfänden lassen könnte, wenn sie in die Gewahrsam seines Schuldners zurückgekehrt wäre.

23) l. 62 § 5 D. de furtis 47, 2.

24) l. 28 D. h. t. 16, 3.

§ 93. Besondere Arten des Depositums.

1. Zulässig ist die Deponirung von Geld oder anderen Fungibilien unter der Bestimmung, daß ebensoviel — also nicht nothwendig dasselbe — zurückerstattet werde — depositum irregulare, Summendepositen.[1]

Aeußerlich ist dieses Geschäft einem Darlehen ähnlich.[2] Denn der Empfänger wird, wie beim Darlehen, Eigenthümer des anvertrauten Geldes und übernimmt die Gefahr desselben. Auch hat er oft Zinsen — s. g. Depositalzinsen — zu zahlen. Aber die Zwecke und damit auch die juristische Gestaltung sind verschieden. Denn der Empfänger will beim depositum irregulare dem Geber einen Dienst leisten, nicht ein Darlehen nehmen. So wenn eine Herrschaft ihrem Dienstboten auf dessen Ersuchen dessen Geld in ihrer Kasse aufhebt, so auch bei Depositen, welche Banken entgegennehmen, und bei Geldbepositen an öffentlichen Hinterlegungsstellen.[3]

---

1) Die Litteratur siehe bei Niemeyer, depositum irregulare 1889. Vgl. ferner Reatz, Gutachten aus d. Anwaltsstand zum Entwurf S. 542, Schey, Obl. verh. Bd. 1 S. 55.

2) Dem depositum irregulare spricht mit manchen älteren Schriftstellern neuestens Niemeyer a. a. O. für das heutige Recht die positive Geltung ab. Es handele sich nur um Darlehen. Indessen hat, was kaum wegzuleugnen ist, bereits Alfenus in der l. 31 locati 19, 2 die besondere Geschäftsform anerkannt. Jedenfalls hat sie aber Papinian zugelassen. So vor allem in l. 24 D. h. t. 16, 3 libro 9 quaestionum. In den Worten dieser Stelle von „quod ita verum est“ bis „et est quidem constitutum“ findet sich freilich ein Widerspruch gegen deren übrige Ausführung. Aber diese ist damit nicht beseitigt. In jenen Worten liegt eine Glosse, vielleicht eine tadelnde Note von Ulpian, die in dem Texte Papinians aus Versehen stehen geblieben. Nicht minder spricht sich Papinian in der l. 25 D. eod. libro 3 responsorum für die Geltung eines depositum aus, bei welchem „tantundem“ nicht „idem“ geschuldet wird; ebenso geschieht dies von Paulus in der l. 26 § 1, l. 29 § 1 D. h. t. 16, 3, während Ulpian in der l. 7 § 2 D. h. t. 16, 3 und in der l. 14 § 2 D. de rebus auctoritate judicis 42, 5 diese Geschäftsform allerdings zu leugnen scheint. Die Entscheidungen von Papinian und Paulus sind die herrschenden und jedenfalls justinianisches Recht geworden. — Niemeyer versteht Papinian so, daß er anknüpfend an die von den Kontrahenten laienhaft gebrauchten Worte „commendare“ „deponere“ die Klage als a. depositi behandelt habe, um den rigor juris der condictio ex mutuo zu vermeiden und der Parteiintention und Billigkeit gemäß formlos bedungenen Zinsen und Verzugszinsen Berücksichtigung zu verschaffen. Behufs Begünstigung der Darleiher also habe Papinian was Darlehen gewesen sei, wie ein depositum einklagen lassen. In Wahrheit aber war zur Zeit Papinians die Darlehensklage, bei welcher der unterliegende Schuldner in Folge der sponsio tertiae partis den dritten Theil der Darlehenssumme als Strafe der Prozeßverzögerung zu leisten hatte, dem Darlehensgläubiger weit vortheilhafter, als eine gezwungene Unterstellung des Geschäftes unter das depositum gewesen wäre. Nach der Niemeyerschen Ansicht wäre jedes Darlehen seit Papinian mit der actio depositi einklagbar gewesen, was eine sonderbare Verwirrung und Verirrung gebildet hätte. Durch solche Argumentationen läßt sich die Thatsache nicht entfernen, daß die Römer die besondere Geschäftsform des depositum irregulare kannten. Sie erkennt auch R G. Bd 12 S. 85 an. Vgl. noch Schirmer im Archiv für civ. Pr. Bd. 78 S. 34.

3) Die innere Verschiedenheit von Darlehen und depositum irregulare trat in

Wird Geld hinterlegt, ohne daß es verschlossen ist, so gilt das Depositum in der Regel als das einer Summe.[4 5]

2. Sequestration[6] liegt in der Deponirung durch Mehrere mit der Vereinbarung, daß das Hinterlegte je nach künftigen Eventualitäten dem Einen oder dem Anderen herauszugeben ist.[7] Mit der Verwahrung verbindet sich hier der Zweck, die Sache bis zur Entscheidung der Eventualität der Verfügung der hinterlegenden Parteien zu entziehen.

Der Sequester wird daher juristischer Besitzer.[8]

Die Sequestration geschieht theils freiwillig durch die Betheiligten, theils zwangsweise.

Häufig erhält der Sequester auch Verwaltungsbefugnisse. Dann ist er nicht bloßer Depositar, sondern Mandatar.[9]

Rom zum Theil in anderen Rechtssätzen hervor als derzeit. a) In Rom waren formlos versprochene Zinsen und Verzugszinsen zwar beim dep. irregulare, nicht aber beim Darlehen einklagbar, l. 25 § 1, l. 26 § 1, l. 28, l. 29 § 1 D. h. t. 16, 3, l. 4 C. h. t. 4, 34 b) Die Verurtheilung aus dem dep. irregulare infamirte, nicht aber die aus dem Darlehen; dieses aber war durch die sponsio tertiae partis ausgezeichnet. c) Noch jetzt praktisch ist, daß die Kompensation und Retention gegenüber dem dep. irregulare ausgeschlossen sind; doch pflegen Banken, welche Geldesdepositen nehmen, diese Ausschließung wegzubedingen. d) Bei Gelddepositen liegt dem Depositar eine Rechnungsstellung ob, welche von einem Darlehensschuldner nicht gefordert werden kann. e) Die Rückforderung von Darlehen ist vielfach partikularrechtlich von Kündigungsfristen abhängig, sie bestehen nicht für Gelddepositen. Vgl. überhaupt Reatz a. a. O. S. 542. f) Die Zinsen eines Gelddarlehens sind nach modernen Rechten dem Gläubiger zu schicken, die von Gelddepositen sind beim Depositar abzuholen.

4) Dies hebt schon Alfenus in der l. 31 D. locati 19, 2 hervor. Ein Widerspruch mit l. 34 pr. D. de auro 34, 2 ist nicht anzunehmen. Der Satz rechtfertigt sich durch die „Flüssigkeit" des Geldes und gilt keineswegs für alle Fungibilien, insbesondere nicht für Inhaberpapiere. Erklärt also der Banquier, Stücke für seinen Kunden, die er ihm als Kommissionär angeschafft hat, nach Lieferung „in Verwahrung" zu nehmen, so verpflichtet er sich im Zweifel sie als „reguläres Depositum" zu verwahren. Er ist des Betrugs schuldig, wenn er dies gleichwohl unterläßt. Daß er dem Kunden die Nummern der Stücke mittheilt und dadurch besonders zu erkennen gab, daß er sie individuell verwahren wolle, ist nicht wesentlich. Mit Unrecht legte R.O.H.G. Bd. 19 S. 78 — vgl. auch Bd. 16 S. 207 — hierauf entscheidendes Gewicht, richtiger R.G. Bd. 5 S. 1.

5) Ueber den Uebergang eines depositum regulare in ein irregulare vgl. l. 29 § 1 D. h. t. 16, 3, siehe freilich auch l. 9 § 9, l. 10 D. de rebus creditis 12, 1.

6) Muther, die Sequestration und der Arrest 1856, behandelt vorzugsweise Prozessualisches und Historisches. Voigt, Besitz d. Sequester 1885.

7) l. 6 D. h. t. 16, 3. Paulus libro 2 ad edictum: Proprie autem in sequestre est depositum, quod a pluribus in solidum certa condicione custodiendum reddendumque traditur. Hauptfall ist der einer „controversia" l. 17 pr. D. h. t. 16, 3. Einen anderen Fall erwähnt l. 39 D. de solutionibus 46, 3, ferner l. 5 D. fam. erc. 10, 2. Es bestand eine besondere „sequestraria depositi actio", über die das Nähere bei Lenel, edictum S. 231 zu vergleichen ist.

8) Oben Bd. 1 § 173 Anm. 5.

9) Vgl. l. 9 § 3 D. de dolo malo 4, 3.

Zweites Kapitel.

Die Konsensualkontrakte.

I. Kauf und Tausch.

§ 94. Begriff. Abschluß des Kaufvertrages.[1]

Die Cirkulation der Güter in der menschlichen Gesellschaft geschieht vorzugsweise durch *Kauf*, d. h. *Umsatz von Waaren gegen Geld*. Der *Tausch*, bei welchem *Waare* gegen *Waare* gegeben wird, hat daneben nur eine untergeordnete Bedeutung.[2]

Durch den Kauf gehen fortwährend nothwendige, nützliche und auch überflüssige Güter von einer Hand in die andere, theils zur Konsumtion, d. h. zum unmittelbaren Verbrauch und Genuß, theils zur Weiterveräußerung, der Hauptfall der Handelsgeschäfte. Verkauft werden Güter jeder Art, die der Mensch schätzt und die eine Uebertragung zulassen. Immerhin ist am wichtigsten der Kauf körperlicher Sachen; von ihm muß auch die Theorie des Kaufes ausgehen.

Die älteste Zeit begnügte sich mit dem *Handkauf*, d. h. dem Umsatze der Waare gegen Geld von Hand zu Hand. Noch heute ist dieses Geschäft sehr häufig, insbesondere im kleineren Verkehr.[3] Bei Geschäften über erheblichere Objekte aber kommt es meist zu *Kaufkontrakten*, d. h. zur Uebernahme gegenseitiger Verpflichtungen bezüglich der Waare und des Preises.[4] Diesen Kontrakt nennen die

---

1) Treitschke, der Kaufkontrakt in besonderer Beziehung auf den Waarenhandel 1838, 2. Aufl. — von Wengler — 1865, weit umfassender und tiefer angelegt Bechmann, der Kauf nach gemeinem Recht Bd. 1 1876, Bd. 2 Abth. 1 1884.

2) Vgl. hierüber unten Anm. 20.

3) Realkauf nennt dies Geschäft Brinz Bd. 2 § 325, Naturalkauf Bechmann a. a. O. Bd. 1, welcher von S. 47 an eine eingehende Untersuchung desselben anstellt. Wir ziehen den Namen Handkauf vor. Er bildet eine andere Geschäftsart, als ein Kaufvertrag. Klagt daher der Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises für gelieferte Waare aus einem Kaufvertrage, und behauptet der Käufer dagegen einen Handkauf, bei welchem die Waare unmittelbar gegen Geld umgesetzt wurde, so liegt hierin eine Leugnung des Klagegrundes. Er ist nicht etwa zur Verurtheilung reif, weil er die Entnahme der Waare zugesteht, aber die Geldzahlung seinerseits nicht beweist. Im Fall solcher Behandlung müßten sich die Käufer bei jedem Handkauf Quittung über die Preiszahlung geben lassen, was nicht üblich ist und unpraktisch wäre. Es muß umgekehrt der Kläger beweisen, daß in der That ein *Kaufvertrag* vereinbart war, ehe dem andern Theil der Nachweis der Preiszahlung obliegt. So namentlich Bähr, Urtheile des R.G. S. 35, vgl. R.O.H.G. Bd. 16 S. 158.

4) Pernice, Labeo Bd. 1 S. 457 führt aus, daß sich der Kaufkontrakt aus dem Realkaufe entwickelte und „daß ihm in Folge dessen noch Reste der durchlaufenen

Römer vorzugsweise emptio venditio. Seinen Normen unterstehen auch Handkäufe bezüglich der Gewährleistung, die dem Verkäufer obliegt.

Der Kaufkontrakt über körperliche Sachen legt dem Verkäufer die Tradition der Kaufsache zu dauernder Beherrschung auf und verpflichtet den Käufer zur Zahlung des Kaufpreises.[5]

Der Kaufkontrakt ist hiernach die erste Stufe zum Erwerb der Kaufsache durch den Käufer. Aber unrichtig ist es, in dem Kaufkontrakte bereits eine Entäußerung zu sehen.[6] Vielmehr geschieht die Entäußerung der Kaufsache erst durch ihre Tradition.

Zum Kaufe gehört nothwendig Waare und Preis.[7] Sind die Parteien über beides einig, so ist der Kauf geschlossen, vorausgesetzt, daß sie ihr Uebereinkommen nicht noch von anderen Punkten abhängig gemacht haben.

Entwickelung anhaften". Dem sind Viele beigetreten. Mir scheinen jedoch die von Pernice angeführten Thatsachen nicht für ihn zu sprechen. Hätte sich der Kaufkontrakt bei seiner Entwickelung an den Realkauf angeschlossen, so wäre nach meiner Ansicht natürlich gewesen, daß sich wie früher bei dem Realkauf, so auch später beim Kaufkontrakt der Uebergang der Gefahr auf den Käufer an die Tradition geknüpft, und ferner, daß man beim titulus pro emptore wie dereinst beim Realkauf die bona fides nur nach der Zeit der Tradition und nicht des Kaufschlusses beurtheilt hätte. Siehe oben Bd. 1 § 214, § 220 Anm. 33. Umgekehrt stützt Pernice gerade auf diese Erscheinungen seine Ansicht. Vgl. über einen anderen Grund, den Pernice geltend macht, Brinz Bd. 2 S. 698.

5) l. 11 § 2 D. de a. e. v. 19, 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum, emptor autem nummos venditoris facere cogitur. Ein Vertrag, bei dem ausgemacht wird, daß der Empfänger der Sache nicht Eigenthümer werde, ist kein Kaufgeschäft. l. 80 § 3 D. de contr. empt. 18, 1. Aber auch ein Geschäft, wobei man Geld gab „ut mihi Stichum dares", daß man Eigenthümer werden solle, galt den Römern nicht als Kauf. l. 16 D. de cond. c. d. 12, 4. Daß das letztere keine Anwendung im heutigen Rechte finden kann, darüber vgl. Bechmann S. 72, Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums 1874.

6) Viele Neuere betrachten die Verkaufserklärung als Entäußerung „zwischen den Paciscenten". So Windscheid Bd. 2 § 390 Anm. 3, Bernhöft in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 u. 3. Insbesondere findet Windscheid Bd. 2 § 389 Anm. 2, „daß die Verkaufserklärung nicht gedacht werden dürfe als in erster Linie auf Erzeugung einer Verbindlichkeit gerichtet, daß vielmehr ihr nächster Inhalt der sei, daß der Käufer die Sache haben solle, und daß sich eine Verbindlichkeit aus der Vertragserklärung nur dadurch ergebe, daß der wirkliche Zustand dem nicht entspreche". Und doch ist der Käufer, der sich eigenmächtig in den Besitz der Kaufsache setzt, praedo! Vgl. l. 5 D. de a. v. o. p. 41, 2, abgedruckt oben Bd. 1 § 216 Anm. 4. Schlecht stimmt auch mit der Theorie Windscheids, daß man fremde Sachen nicht minder wie eigene verkaufen kann. Vgl. gegen dessen Auffassung l. 67 pr. D. de V. S. 50, 16, Köppen in Iherings Jahrbüchern Bd. 11 S. 391 Anm. 497, Karlowa, Rechtsgeschäft S. 212, Bechmann Bd. 1 S. 613, Puntschart, die fundamentalen Rechtsverhältnisse S. 14.

7) pr. I. h. t. 3, 23, l. 9 D. c. e. 18, 1.

1. Im engeren Sinne nennt man Waaren nur bewegliche Sachen,[8] aber im weiteren alle Werthe, die verkauft werden.[9]

Verkäuflich sind körperliche Sachen — unbewegliche wie bewegliche — ferner Rechte. Insbesondere werden Forderungsrechte verkauft. Ferner kann die Begründung von dinglichen Nutzungsrechten und deren Uebertragung, soweit sie überhaupt veräußerlich sind, verkaufsweise geschehen. Auch gewerbliche Rechte, insbesondere Patentrechte, Urheberrechte sind verkäuflich. Ja es findet sich der Verkauf von Werthen, die ein besonderes Recht nicht bilden, z. B. eines Erwerbsgeschäftes, einer Kundschaft, eines Geheimnisses. Warum sollte man solche Geschäfte nicht, wie es die Kontrahenten beabsichtigen, thunlichst nach den Regeln des Kaufes behandeln?[10]

Vermögensganze, z. B. eine Erbschaft,[11] Sachgesammtheiten, z. B. eine Bibliothek, wie auch willkürlich zusammengestellte Mehrheiten von Objekten können als Einheit verkauft werden.

Zulässig ist auch der Verkauf zukünftiger Sachen, insbesondere von künftigen Früchten. Der Kaufpreis ist für sie nur zu zahlen, wenn sie wirklich zur Existenz kommen.[12 13]

Sehr verschieden ist der Hoffnungskauf, z. B. eines Fischzuges. Hier ist die Gewinnchance — die alea — das Aequivalent des Preises. Das Geschäft ist ein unbedingtes und der Preis daher auch zu zahlen, wenn die Hoffnung eines Ertrages total fehlschlägt.[14]

---

8) l. 66 D. de V. S. 50, 16, vgl. Bechmann Bd. 1 S. 35.

9) Ueber das Kaufobjekt vgl. Bechmann Bd. 2 S. 117.

10) Anderer Ansicht ist Bechmann a. a. O.

11) l. 7 ff. D. de hered. vel act. 18, 4.

12) Von solchem Kaufe spricht l. 8 pr. D. de c. e. 18, 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intellegi. et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, jam tunc quum contractum esset negotium venditio facta intellegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse.

13) In der Regel ist bei derartigen Geschäften der Kaufpreis voll zu zahlen, wenn auch nur eine abnorm geringe Quantität der erhofften Sache zur Entstehung kommt, wie er keine Vermehrung bei außerordentlich großer Quantität erfährt. Es kann sich aber aus Wort und Sinn des Vertrages etwas Anders ergeben. Anders freilich Friedrich Endemann, d. L. v. der emptio spei und rei speratae in Grünhuts Zeitschrift Bd. 12 n. 6.

14) l. 8 § 1 D. de contr. empt. 18, 1 fährt Pomponius — siehe oben Anm. 12 — fort: Aliquando tamen et sine re venditio intellegitur, veluti cum quasi alea emitur. quod fit, cum captum piscium vel avium vel missilium emitur: emptio enim contrahitur etiam si nihil inciderit, quia spei emptio est: et quod missilium nomine eo casu captum est, si evictum fuerit, nulla eo nomine ex empto obligatio contrahitur, quia id actum intellegitur. Wenn Pomponius hier von einer emptio „sine re“ spricht, so bezeichnet das vieldeutige Wort „einen Kauf ohne ein greifbares körperliches Objekt“. Denn daß zum Kauf ein Kaufobjekt gehört, ist ihm selbstverständlich. Als solches behandelt er daher die „Gewinnchance“, die

Existirt die Kaufsache im Augenblicke des Verkaufes nicht mehr, oder ist sie doch im Wesentlichen zerstört, so kommt kein Kauf zu Stande. Ist sie nur verschlechtert, so ist der Kaufpreis verhältnißmäßig zu mindern.[15] Diese Grundsätze leiden jedoch Modifikationen im Falle des Dolus oder auch zurechenbaren Verschuldens eines der Kontrahenten.[16]

Zweifellos gültig ist der Verkauf fremder Objekte. Der Verkäufer ist verbunden, sie zu beschaffen, und wenn ihm dies nicht möglich ist, zur Schadloshaltung des Käufers verpflichtet.[17]

Eine für den heutigen Verkehr besonders wichtige, vielfach eigenthümliche Art der Verkäufe ist der Genuskauf, z. B. von Quantitäten Kaffee, Zucker, Tabak. Den Römern waren aber reine Genuskäufe nicht bekannt. Ihnen galten als Kaufgegenstände nur individuelle Sachen oder Quantitäten, die aus bestimmten Massen heraus geleistet werden sollten. Statt des Genuskaufes dienten ihnen Stipulationen.[18]

---

alea. Bechmann a. a. O. S. 143 dagegen betrachtet solche Geschäfte als Sachenkäufe, weil er die Sache, die gewonnen werden kann, als Kaufobjekt ansieht. Und doch soll ein Kauf auch bestehen, wenn nichts gewonnen wird! Die Auffassung Bechmanns theilt Friedrich Endemann in der oben Anm. 13 citirten Abhandlung. Siehe dort die dogmengeschichtliche Entwickelung.

15) l. 15 pr. D. de c. e. 18, 1. Paulus libro 5 ad Sabinum: Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est. l. 57 pr. D. de c. e. 18, 1. Paulus libro 5 ad Plautium: Domum emi, cum eam et ego et venditor combustam ignoraremus. Nerva Sabinus Cassius nihil venisse, quamvis area maneat, pecuniamque solutam condici posse ajunt, sed si pars domus maneret, Neratius ait hac quaestione multum interesse, quanta pars domus incendio consumpta (sit, quanta) permaneat . . . ut si quidem amplior domus pars exusta est, non compellatur emptor perficere emptionem . . . sin vero vel dimidia pars vel minor quam dimidia exusta fuerit, tunc coartandus est emptor venditionem adimplere aestimatione viri boni arbitratu habita. Die Schlußworte, wonach der Kauf schlechthin gültig ist, wenn noch die Hälfte des Hauses steht, sind wohl von den Kompilatoren zugefügt.

16) Vgl. über römisches Recht l. 57 §§ 1 ff. D. h. t. Bezüglich des heutigen Rechtes sind auch die Grundsätze über culpa in contrahendo in Betracht zu ziehen.

17) l. 28 D. de c. e. 18, 1. Ulpianus libro 41 ad Sabinum: Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori aufferri potest. Kohler, Abhandl. Bd. 1 S. 224. Doch ist der Kauf nichtig, wenn beide Theile wissen, daß die Kaufsache „furtiva" sei. l. 34 § 3 D. de c. e. 18, 1. Ueber den Kauf der eigenen Sache des Käufers vgl. l. 16 pr. D. de c. e. 18, 1. Pomponius libro 9 ad Sabinum: Suae rei emptio non valet, sive sciens sive ignorans emi und l. 34 § 4 D. eod. Paulus libro 38 ad edictum: Rei suae emptio tunc valet, cum ab initio agatur, ut possessionem emat, quam forte venditor habuit et in judicio possessionis potior esset und endlich l. 61 D. eod. Siehe Bechmann Bd. 2 S. 74. Vgl. auch Haftung des Verkäufers einer fremden Sache, Inauguraldissertation von Frau Dr. Kempin, Zürich 1887.

18) Daß die Römer keinen reinen Genuskauf kannten, ist mit Recht die Meinung vieler Neueren; vgl. namentlich Brinz Bd. 2 §§ 242 und 327b, Bechmann Bd. 2 S. 331 und die dort Citirten. Bechmann selbst will auch nach heutigem gemeinen

Dienste und Arbeiten werden nicht gekauft, sondern gemiethet.[19]

2. Der Kaufpreis muß in Geld bestehen.[20] Früher lehrte man oft, er müsse bestimmt — certum —, dem Sachwerthe entsprechend — justum — und wahr — verum — sein. Dies ist aber theils unrichtig, theils nichtssagend.

a) In Rom war allerdings altüberliefertes Erforderniß der Klagbarkeit des Kaufes, daß der Kaufpreis ein bestimmter sei. Doch behandelte man diesen Satz, um den Verkehrsbedürfnissen zu genügen, bereits in der klassischen Kaiserzeit in sehr bequemer Weise. Nach gemeinem Rechte ist nicht mehr nothwendig, daß der Kaufpreis bestimmt,[21] sondern nur daß er bestimmbar sei, nicht anders wie bei sonstigen obligatorischen Geschäften.[22]

Rechte das Lieferungsgeschäft — so nennt er den Genuskauf — nicht als Kaufgeschäft aufgefaßt wissen. Aber dieses Geschäft wurde in der gemeinrechtlichen Praxis und Theorie als Kauf entwickelt und den Normen des Kaufes unterstellt, woran man erst in neuerer Zeit rüttelte. Nur das ist richtig, daß die Grundsätze des Specieskaufes auf den Genuskauf nicht ohne Modifikationen angewendet werden können; dies kann aber das Princip im Allgemeinen nicht in Frage stellen. So sind auch die Normen neuerer Gesetze, z. B. des H.G.B. und der Stempelgesetze des Reiches über den Kauf, zweifellos auch für die Genuskäufe bestimmt.

19) Ueber die Grenze zwischen Kauf und locatio conductio operis siehe unten § 113 Anm. 6.

20) Die Sabinianer suchten den Tausch von Waare gegen Waare unter den Kauf zu subsumiren, aber die entgegengesetzte Ansicht der Prokulianer drang durch. l. 1 § 1 D. de c. e. 18, 1. Paulus libro 33 ad edictum: Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem: Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse ... sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, vgl. l. 1 D. de rer. perm. 19, 4, Gajus Inst. III § 141, § 2 I. de empt. 3, 23, Bechmann Bd. 1 S. 4. Auch Geld kann „gekauft" werden, vor allem Geld, welches nicht Währung ist, also ausländisches und Papiergeld. Vgl. Fleisch in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 n. 7, Rießer Bd. 20 n. 5.

21) Vgl. mein preuß. P.R. Bd. 2 § 135, Fels, das pretium certum 1878, Bechmann Bd. 2 S. 338. Ich habe a. a. O. das römische Erforderniß historisch zu erklären gesucht, indem ich davon ausging, daß die Klagbarkeit formloser Verträge, insbesondere auch des Kaufes eine Ausnahme bildete, welche nicht leicht und ohne Widerstreben in Rom Eingang gefunden haben kann. Das Erforderniß des pretium certum sei nun, meinte ich, eine Konzession an die der Klagbarkeit nackter Verträge abgeneigte Ansicht gewesen. Bechmann a. a. O. hält diese Erklärung „für völlig unerweislich". Gewiß mit Recht, wenn er gleichzeitige Zeugen über den Hergang verlangt. Es handelt sich um einen Schluß. In der Kaiserzeit behandelte man das pretium certum rein äußerlich. Man sehe sich die Argumentation Ulpians libro 28 ad Sabinum l. 7 § 1 D. h. t. 18, 1 an. Hujusmodi emptio: „quanti tu eum emisti", „quantum pretii in arca habeo", valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est. Hier wird eine gute Sache mit fadenscheinigen Gründen vertheidigt. Denn daß es genügen soll, daß der Preis objektiv gewiß ist, macht das Requisit zu einer Kuriosität. Darauf fährt — im § 2 — Ulpian fort: Si quis ita emerit: „est mihi fundus emptus centum et quanto pluris eum vendidero",

b) Dem Sachwerth gleich — justum — muß der Kaufpreis nicht sein. Vielmehr darf man theuer verkaufen und wohlfeil kaufen. Es gilt Vertragsfreiheit.[23][24]

c) Ernsthaft muß der Kaufpreis versprochen sein, sonst ist kein Kauf da.[25] Dies beruht nicht auf einer Besonderheit des Kaufgeschäftes, es entspricht vielmehr den allgemeinen Grundsätzen über simulirte Geschäfte.

§ 95. Arten der Kaufverträge. Nebenverträge.

1. Zu unterscheiden sind Baar-, Kredit- und endlich Pränumerationskaufverträge.

Beim Baarkauf sind Waare und Preis gleichzeitig Zug um Zug zu liefern. Er ist die Regel. Beim Kreditkauf kreditirt der Verkäufer den Kaufpreis, so daß er die Waare vorher zu liefern hat. Beim Pränumerationskauf endlich wird Zahlung des Preises vor Lieferung der Waare bedungen.

---

valet venditio et statim impletur: habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emptor fundum vendiderit. In diesem Falle ist der Preis nicht einmal objektiv bestimmt, vielmehr seiner Höhe nach objektiv und subjektiv ungewiß. Dennoch wird der Vertrag wiederum aus einem rabulistischen Grunde, aber sehr zweckmäßigerweise für gültig erklärt. So verfährt man nur, wenn es sich um historisch überkommene Sätze handelt, deren ursprüngliche Bedeutung dem Rechtsbewußtsein entschwunden ist. Versetzt man sich in die Zeit, in welcher man zuerst vor der Frage stand, ob ein formloser Kaufkontrakt Klagbarkeit erhalten solle, so war der unausbleibliche Einwand die Unsicherheit, welche bei derartigen formlosen Vereinbarungen bezüglich der Frage des wirklichen Abschlusses obwalten kann. Diesem Bedenken mochte man begegnen, indem man zur Klagbarkeit des Konsensualkontraktes mindestens forderte, daß die Kaufsache und daß insbesondere der Kaufpreis genau festgestellt seien. — Mag dies übrigens sein, wie es will, die Hauptsache ist die Erkenntniß, daß die bezüglichen Entscheidungen der römischen Juristen nicht auf dem Wesen des Kaufvertrages beruhen, sondern durch historische Zufälligkeiten bedingt sind, und daß sie in Folge der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge jede praktische Bedeutung verloren haben.

22) Vgl. oben Bd. 2 § 15. Ueber das Ermessen Dritter siehe dort Anm. 6, über die Ueberlassung der Preisbestimmung an einen der Kontrahenten Anm. 7.

23) l. 22 § 3 D. locati 19, 2, Paulus libro 34 ad edictum: Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus juris est. Ueber die Beschränkung dieses Satzes im Falle der Verletzung über die Hälfte siehe unten § 102.

24) Nach der Reichspolizeiordnung von 1548 und von 1571 Tit. 19 ist der Verkauf von Getreide auf dem Halme nur gültig, wenn dessen Marktpreis bedungen wird, und zwar entweder der zur Zeit des Kontraktschlusses oder des 14. Tages nach der Ernte.

25) l. 36, l. 38 D. de c. e. 18, 1. Ulpianus libro 7 disputationum: Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est.

2. Man bezeichnet es als *Zeitkauf*, wenn für die Lieferung der *Waare* ein Termin oder eine Frist bedungen ist. Der Zeitkauf kann Baarkauf sein oder nicht. Von Tageskauf spricht man, wenn eine Zeit für die Lieferung der Waare nicht bedungen ist.

3. Dem modernen Verkehr gehört der *Distanceverkauf* an.[1] Er gilt in der Regel als beabsichtigt, wenn Auswärtige bei Kaufleuten Waaren bestellen.

Der *Erfüllungsort* ist hier verschieden vom *Bestimmungsort*. Der Erfüllungsort ist nämlich der Regel gemäß beim Verkäufer — an seiner Handelsniederlassung oder seinem Wohnorte oder einem Lagerungsort der Waare. Der Verkäufer hat aber die Waare bei solchen Geschäften auf *Gefahr* und *Kosten des Käufers* nach einem anderen Orte — z. B. dem Wohnorte des Käufers — zu senden.

Etwas Anderes ist der Begriff der *Distancesendung*.[2] Solche liegt stets vor, wenn die Waare an den Käufer von auswärts geschickt wird, mag nun der Erfüllungsort beim *Verkäufer oder beim Käufer* sein.

4. Folgende Geschäfte haben mit einander Aehnlichkeit des Namens, aber nicht des Wesens.

a) Der Kauf *auf Probe* oder Besicht ist bedingt durch die Billigung der Waare seitens des Käufers.[3] Die Bedingung kann aufschiebend[4] oder auflösend sein.[5] Im Zweifel ist sie aufschiebend.[6] Die Erklärung des Käufers ist in der Regel eine freie, vom *Belieben* abhängige,[7] sie kann auch als sachverständige gemeint sein,[8] so daß Entscheidung des Richters über dieselbe angerufen werden kann. Es kann eine vereinbarte oder auch ortsübliche Erklärungsfrist bestehen; ist dies nicht der Fall, so hat sich der Käufer nach angemessener Zeit auf Aufforderung

1) H.G.B. Art. 342 und 344, mein preuß. P.R. Bd. 2 § 58.

2) Auf solche Sendungen bezieht sich H.G.B. Art. 347 ff.

3) Vgl. oben Bd. 1 § 108. Dort Anm. 1 ist auch die hauptsächliche Litteratur über den Kauf auf Probe citirt.

4) § 4 J. de empt. vend. 3, 23, abgedruckt oben Bd. 1 § 108 Anm. 3.

5) l. 20 § 1 D. praescriptis verbis 19, 5, l. 6 D. de resc. vend. 18, 5.

6) H.G.B. Art. 339 Abs. 1 bestimmt dies für Handelskäufe. Man wird die Bestimmung auch bei bürgerlichen Käufen anzuwenden haben. Denn sie wurzelt nicht in einer Eigenthümlichkeit des Handelsverkehres, sondern in der Beobachtung der Intentionen des Verkehres im Allgemeinen.

7) Anderer Ansicht ist Unger in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 3 S. 407, aber ohne Grund, siehe jetzt auch Unger in Iherings Jahrb. Bd. 25 n. 6. Vgl. Fitting, Archiv für civ. Praxis Bd. 46 S. 254, H.G.B. Art. 339.

8) Solcher Art war die beim römischen Weinhandel gewöhnliche Klausel der „degustatio“, durch welche die Unverdorbenheit des Weines konstatirt wurde. Cato, de re rustica cap. 148, l. 1 pr., l. 4 pr. § 1, l. 16 D. de per. et comm. 18, 6, l. 34 § 5 D. de c. e. 18, 1. Vgl. Goldschmidt, Zeitschrift für H.R. Bd. 1 S. 73, Windscheid Bd. 2 § 387 Anm. 6 und dort Citirte.

des Verkäufers sofort zu erklären.[9] Nichterklärung zur rechten Zeit gilt als Billigung, wenn die Waare übergeben, als Mißbilligung, wenn sie noch nicht übergeben war.[10 11]

b) Der Kauf *nach Probe*[12] ist unbedingt. Er enthält das Versprechen einer mit der Probe übereinstimmenden Waare.

Der Käufer, welcher die Probemäßigkeit der Lieferung bestreitet, ist zur Vorlegung der Probe verbunden. Geschieht sie unentschuldigter Weise nicht, so hat er die Nichtprobemäßigkeit zu beweisen.[13]

c) Beim Kauf *zur Probe* stellte der Käufer weitere Bestellungen in Aussicht, falls ihm die Waare gefällt. Dies ist ohne rechtliche Bedeutung.[14]

5. Folgende Nebenverträge erzeugen *persönliche Verbindlichkeiten* unter den Kontrahenten:

a) der Vorbehalt des *Wiederkaufes* seitens des Verkäufers vom Käufer oder des Wiederverkaufes seitens des Käufers an den Verkäufer.[15] In Ermangelung anderer Vereinbarung ist für das neue Geschäft der frühere Kaufpreis maßgebend;

b) der Vorbehalt des *Vorkaufes*, wonach der Käufer die Sache,

---

9) So H.G.B. Art. 339 Abs. 3. Aus den Anm. 6 entwickelten Gründen sind diese Bestimmungen auch auf bürgerliche Käufe analog anzuwenden.

10) H.G.B. Art. 339 Abs. 2, 3 und 4. Auch diese Vorschriften treffen auf bürgerliche Käufe zu. — Die herrschende romanistische Theorie gestattet bei auflösenden Bedingungen auf Probe eine Frist von 60 Tagen. Sie stützt sich hierfür auf l. 31 §§ 22 ff. D. de aed. ed. 21, 1. Windscheid Bd. 2 § 387 Anm. 7 bezieht aber diese Entscheidungen auf Fälle, in denen die Parteien das Recht des Rücktrittes nach den Grundsätzen des ädilicischen Ediktes bedungen haben, was in dem Ausdruck „redhibeatur" gesehen wurde. Dem ist beizutreten.

11) Was die Gefahr anlangt, so versteht es sich von selbst, daß bei aufschiebender Bedingung der zufällige Untergang den Verkäufer trifft, weil das bedingte Geschäft nicht mehr nach dem Untergange des Objektes perficirt werden kann, ferner aber auch die zufällige Verschlechterung, weil der Käufer trotz derselben noch zurücktreten darf. Für Verschulden während der Schwebezeit steht der Käufer ein. Sehr bestritten ist aber die Gefahr, wenn die Bedingung eine resolutive ist. Das Richtige ist, daß sich die Bedingung der Auflösung nicht mehr perficiren kann, wenn die Sache bereits untergegangen ist. Dies folgt aus den allgemeinen Grundsätzen der Bedingung. Doch ist Windscheid Bd. 2 § 387 Anm. 10 anderer Ansicht.

12) H.G.B. Art. 340. Cropp in Heise und Cropp, Abhandlungen Bd. 1 n. 13.

13) R.O.H.G. Bd. 12 S. 118, Bd. 20 S. 62.

14) H.G.B. Art. 341. Ob ein Kauf „zur Probe" geschlossen ist oder etwa ein Kauf „auf Probe", ist übrigens Auslegungsfrage, die keineswegs allein nach den Worten, welche die Betheiligten gebrauchten, zu beurtheilen ist. R.O.H.G. Bd. 2 S. 186.

15) l. 12 D. praescriptis verbis 19, 5, l. 2 C. de pactis inter empt. et vend. 4, 54, l. 7 C. eod. Wiederkäufe — Rückkaufgeschäfte — werden meist geschlossen, weil der Verkäufer in Geldnoth ist, und sich durch den Verkauf Geld verschaffen will, sich aber der Hoffnung hingiebt, später die Mittel zu haben, um das Veräußerte zurückzuerwerben.

wenn er sie verkaufen will, seinem Verkäufer auf dessen Anfordern zu den Bedingungen lassen muß, die er mit einem Kaufliebhaber vereinbart hat.[16]

6. Dingliche Wirkungen haben folgende Klauseln:

a) Die lex commissoria giebt dem Verkäufer das Recht der Annullirung des Kaufes, wenn der Kaufpreis nicht rechtzeitig vollständig gezahlt wird.[17] Die hierin liegende Bedingung ist im Zweifel auflösend.[18] Der Verkäufer hat die Wahl zwischen Forderung der Erfüllung und der Auflösung des Geschäftes. Einmalige Wahl nach der Fälligkeit ist eine endgültige. Forderung der Zahlung enthält daher Abstehen von der Verfallsklausel.[19]

In Folge der Annullirung fällt das Eigenthum an den Verkäufer zurück, frei von etwaigen seitens des Käufers bewilligten Lasten. Auch Früchte[20] der Zwischenzeit und Ersatz des schuldhafterweise vom Käufer verursachten Schadens kann er fordern. Der Käufer hat Retentionsrecht wegen nothwendiger oder nützlicher Verwendungen; aber die von ihm geleistete Arra und die gemachten Anzahlungen erhält er nicht zurück.[21] Soweit er diesen Verlust leidet, behält er aber die Früchte der Zwischenzeit.

b) Die addictio in diem berechtigt den Verkäufer zur Aufhebung des Kaufes für den Fall, daß innerhalb einer bestimmten Zeit

---

16) Dies Recht ist mit den dinglich wirkenden ähnlichen Rechten des deutschen Rechtes — insbesondere dem s. g. Retraktrechte nicht zu identificiren.

17) Tit. Dig. de lege commissoria 18, 3. Burckhard im Archiv für civ. Praxis Bd. 41 n. 12 und 17.

18) Oben Bd. 1 § 112. Der Verkäufer hat das Recht der Auflösung, ohne daß es einer vorgängigen Androhung bedarf, l. 4 § 4 D. h. t. 18, 3, ferner ohne Rücksicht auf Verschuldung des Käufers. Der Verkäufer hat es aber nicht, wenn die Ursache der Nichtzahlung in seiner Person liegt, l. 4 § 4, l. 8 D. h. t. 18, 3. Vgl. l. 51 § 1 D. d. a. e. v. 19, 1, l. 8 D. h. t. 18, 3.

19) l. 7 D. h. t. 18, 3.

20) l. 4 pr. D. h. t. 18, 3, l. 5 D. eod.

21) Ob auch Anzahlungen verfallen, ist Streitfrage. Die Bejahung ist hart, wurde aber von den Römern beliebt. Dies geht hervor aus l. 6 D. de leg. comm. 18, 3. Scaevola libro 2 responsorum .... et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore et id, quod arrae vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum. Müßte der Verkäufer Anzahlungen zurückgeben, wenn er von der Klausel Gebrauch macht, so läge in dem responsum von Scävola, welcher doch seine Worte zu wägen pflegt, arge Gedankenlosigkeit. In l. 4 § 1 D. h. t. 18, 3 ferner entscheidet Ulpianus libro 32 ad edictum: Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit, perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit. Es soll nicht „unmöglich" sein, diese Stelle von einem besonderen Vertrage über den eventuellen Verlust des angezahlten Preises zu verstehen. So Windscheid Bd. 2 § 323 Anm 12, nach Burckhard a. a. O. S. 289. Aber natürlich und ungezwungen ist diese Erklärung nicht.

ein beſſeres Gebot erfolgt.[22] Der Käufer hat aber ein Vorkaufsrecht, ſo daß er in das beſſere Gebot eintreten kann.[23]

§ 96. Perfektion des Kaufvertrages. Uebergang der Gefahr.[1]

Mit der Perfektion des Kaufvertrages geht die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der Verſchlechterung der Waare auf den Käufer über — periculum est emptoris.[2] Dies heißt: der

22) Tit. Dig. de in diem addictione 18, 2. Solche Geſchäfte ſind im modernen Verkehr nicht häufig.

23) l. 7, l. 8 D. h. t. 18, 2.

1) Tit. Dig. de periculo et commodo 18, 6, Cod. 4, 48. Hofmann, über das Periculum beim Kauf 1870; Puntſchart, die fundamentalen Rechtsverhältniſſe S. 1 ff. und dort Citirte.

2) Die Römer haben den Satz „periculum est emptoris“ außerordentlich häufig ausgeſprochen, ohne Zweifel weil er ſchon in Rom nicht als unbedenklich galt. Als Lehrſatz trägt ihn vor § 3 I. de emptione et vend. 3, 23: Cum autem emptio et venditio contracta sit... periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Vgl. ferner l. 5 § 2 D. de resc. vend. 18, 5, l. 11 § 12 D. quod vi 43, 24, l. 14 pr. D. de furtis 47, 2, l. 1, l. 4, l. 6 C. h. t. 4, 48. Gleichwohl verwarf die Regel Cujacius ad Africanum zur l. 33 D. locati, wovon er jedoch ſpäter zurückkam, recit. ad Cod. 4, 48. Neuerdings bekämpfte ſie eingehend Puntſchart a. a. O., insbeſondere S. 215 ff. Sie ſteht indeſſen feſt, wenn auch einige Stellen bedenklich ſind. Dahin gehört zunächſt l. 13 D. h. t. 18, 6. Paulus libro 3 Alfeni epitomarum: Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet, ferner l. 15 pr. eod.: Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. Ob der Aedil die Zerſtörung mit Recht angeordnet hat oder nicht, blieb hierbei offene Frage, wie aus l. 14 D. eod. erhellt. Es kam hierauf nichts an. Denn keinesfalls hat der Verkäufer der von ihm zu präſtirenden custodia entſprochen, wenn er die verkauften Betten auf die Straße ſtellte; deshalb trifft ihn die Gefahr. Zweifelhafter iſt die l. 15 § 1 D. cit.: Materia empta si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus, venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset. Alfenus will auch hier wohl nur ſagen: bis zur Tradition liegt dem Verkäufer custodia ob, deshalb trifft ihn ſo lange regelmäßig, d. h. ſofern er ſeine Schuldloſigkeit nicht darthun kann, die Gefahr des Diebſtahls. Daß Alfenus im Allgemeinen den Satz „periculum est emptoris“ anerkannte, geht meines Ermeſſens aus den Schlußworten der l. 12 D. h. t. 18, 6 beſtimmt hervor. Am ſchwierigſten iſt l. 33 D. locati 19, 2. Africanus libro 8 quaestionum: si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas. Aber auch Africanus nahm im Allgemeinen an, daß den Käufer die Gefahr treffe, wie aus der demſelben Buch der Quäſtionen entnommenen l. 39 D. de solutionibus 46, 3 hervorgeht, „et nummi emptoris periculo sint.... et nihilominus merx quoque, quia emptio perfecta sit. Die Entſcheidung von

Käufer ist zur Zahlung des Kaufpreises verbunden, trotzdem ihm die Waare in Folge Zufalles nicht oder nur verschlechtert tradirt werden kann.[3 4]

Zur Perfektion wird der Abschluß des Kaufgeschäftes erfordert. Aber nicht immer genügt er.[5]

a) Unter einer Suspensivbedingung geschlossene Käufe insbesondere werden erst mit dem Eintritte der Bedingung perfekt. Sie kommen nur zu Stande, wenn die Kaufsache noch im Augenblick des Eintrittes der Bedingung existirt. Daher trifft während Schwebens der

---

Africanus in der l. 33 cit. muß daher in der besonderen Natur der „Einziehung des Grundstückes durch den Staat" ihren Grund gehabt haben. Vgl. Hartmann in Iherings Jahrbüchern Bd. 22 S. 417.

3) Ueber den Grund des Satzes „periculum est emptoris" habe ich mich oben Bd. 2 § 90 ausgesprochen. Er entwickelte sich historisch aus der ursprünglichen Struktur der synallagmatischen Verträge, ging in die Verkehrsanschauung über und erhielt sich in Folge dessen auch später. Daß sich bei der Miethe die Sache anders gestaltete, mußte für den Kauf nicht maßgebend sein. Von anderen Erklärungsgründen sind hier nur folgende zu erwähnen: a) Windscheid rechtfertigt den Satz „aus der Entäußerungsnatur des Kaufs, welche zu der Ansicht geführt habe, daß die Kaufsache zwischen den Parteien als aus dem Vermögen des Verkäufers ausgeschieden und in das des Käufers übergegangen angesehen werde". Daß diese Ansicht nicht haltbar ist, ergab sich uns oben § 94 Anm. 6. b) Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 3 S. 464 führt aus, den Käufer treffe die Gefahr, weil das Recht die Regel aufstelle, daß „an dem Aufschub der sofortigen Erfüllung der Käufer schuld gewesen sei", „er habe daher den Zufall zu tragen, bis sich mit der Mora des Verkäufers der Vorwurf des ferneren Aufschubs auf den Verkäufer wälze". Doch diese Schuld des Käufers wäre eine willkürliche Fiktion. Die römischen Juristen geben nirgends eine Andeutung, daß dies der Grund des Satzes sei. Und wie, wenn — vielleicht im Interesse des Verkäufers — die Leistung der Waare auf einen späteren Termin kontraktlich festgestellt war. Soll dann gleichwohl die Fiktion maßgebend sein, daß der Käufer an dem Aufschub sofortiger Erfüllung schuld sei, während er noch gar nicht fordern konnte? Für den Grundsatz „periculum est emptoris" läßt sich auch anführen, daß der Verkäufer, nachdem er sich verpflichtet hat, eine Sache dem Käufer zu liefern, nicht mehr in der Lage ist, dieselbe anderweit zu verkaufen und so die Gefahr ihres Untergangs und ihrer Verschlechterung von sich abzuwälzen. Hierin sieht namentlich Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 73 S. 386 sogar den entscheidenden Grund für den Satz. Dies ist nicht zutreffend, denn auch bei suspensiv bedingten Verkäufen ist der Verkäufer in der gleichen Lage, und zwar oft längere Zeit als bei unbedingten Geschäften. Dennoch trägt er hier die Gefahr.

4) Sehr bestritten ist der Fall, wenn der Verkäufer dieselbe Sache Verschiedenen selbständig verkauft hat, und dieselbe zufälligerweise vor der Tradition untergeht oder verschlechtert wird. Vgl. hierüber Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 3 n. 7; Martinius, der mehrfache Verkauf derselben Sache 1878; Oesterlein, der mehrfache Verkauf 1883; Windscheid Bd. 2 § 390 Anm. 17. Nach unserer Ansicht ist zu unterscheiden: a) Die beiden Verkäufe geschahen bona fide, indem z. B. der Eigenthümer und sein Bevollmächtigter dieselbe Sache, ohne von einander zu wissen — vielleicht gleichzeitig — verkauften. Dann ist es unbedenklich, der Regel gemäß dem Verkäufer den doppelten Anspruch auf den Kaufpreis zu belassen, oder b) der zweite Verkauf geschah böslich. Dann liegt in ihm nach römischer Ansicht ein falsum — l. 21 D. de falsis 48, 10 — der zweite Verkauf war seitens des Verkäufers contra bonos mores und der Verkäufer kann daher aus demselben keinen Vortheil ziehen.

5) Ueber die Bedeutung des Wortes „Perfektion" vgl. Puntschart a. a. O. S. 41.

Bedingung die Gefahr des Unterganges der Waare den Verkäufer, die Gefahr ihrer Verschlechterung dagegen den Käufer.[6]

b) Als unvollendet gilt der Kauf ferner, wenn der Preis einer Masse nach Maß, Gewicht oder Zahl festgestellt ist — sog. emptio ad mensuram —, so lange sie noch nicht gemessen, der Gesammtpreis also noch nicht ermittelt ist. Solche Geschäfte werden wie bedingte behandelt. Der Verkäufer trägt daher die Gefahr des Unterganges, der Käufer aber die der Verschlechterung der Waare.[7]

c) Nicht perfekt ist endlich der Verkauf, wenn eine bestimmte, noch nicht ausgeschiedene Zahl von Stücken oder Maß- oder Gewichtseinheiten aus einer Masse heraus verkauft wird.[8] Erst die Ausscheidung stellt hier das Kaufobjekt fest. Bis dahin trägt der Verkäufer die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung.

Ist eine Masse in Bausch und Bogen für einen Gesammtpreis verkauft — per aversionem —, so geht die Gefahr auf den Käufer schon mit dem Abschlusse des Kaufgeschäftes über.

Bei reinen Genuskäufen trägt grundsätzlich der Verkäufer die Gefahr bis zur Erfüllung, d. h. in der Regel bis zur Ablieferung der Waare an den Käufer oder bis zu dessen Verzug.

Bei Distancekäufen aber genügt Absendung der Waare oder Uebergabe an einen Frachtführer behufs der Versendung.[9]

---

6) l. 8 pr., l. 10 D. h. t. 18, 6, l. 10 § 5 D. de jure dotium 23, 3.

7) l. 35 § 5 D. de c. e. 18, 1. Gajus libro 10 ad edictum provinciale ... Sabinus et Cassius tunc perfici emptionem existimant, cum adnumerata admensa adpensave sint, quia venditio quasi sub hac condicione videtur fieri, ut in singulos metretas aut in singulos modios, quos quasve admensus eris, aut in singulas libras, quas adpenderis, aut in singula corpora, quae adnumeraveris l. 35 § 6 D. eod.

8) l. 2 C. de periculo et comm. 4, 48, Alexander. Cum convenit, ut singulae amphorae vini certo pretio veneant, antequam tradantur, imperfecta etiam tunc venditione periculum vini mutati emptoris, qui moram mensurae faciendae non interposuit, non fuit. Gegen die Ansicht Mommsens, Beiträge Bd. 1 S. 342, welcher auch diesen Verkauf wie einen bedingten behandeln und deshalb dem Käufer die Gefahr der Verschlechterung auflegen wollte, vgl. Windscheid Bd. 2 § 390 Anm. 9 und dort Citirte.

9) Ueber die Litteratur vgl. Puntschart a. a. O. S. 264. Als herrschend ist anzusehen die Ausscheidungstheorie Thöls, Handelsrecht 5. Auflage §§ 262 ff. Hiernach geht die Gefahr beim Genuskauf auf den Käufer über, wenn eine Species durch den Verkäufer dem Käufer gegenüber ausgeschieden und wenn diese Thatsache dem Käufer durch eine Anzeige kund gethan ist. Es wird hiernach ein Willensakt des Verkäufers und ein Wissensakt des Käufers gefordert. In dieser Weise sucht Thöl die römische Entscheidung bezüglich des Gefahrüberganges im Falle des Verkaufes einer Quantität aus einer Masse heraus — oben Anm. 8 — für den eigentlichen Genuskauf zu verwerthen. Er wird aber hierbei weder dem römischen Rechte noch dem praktischen Bedürfnisse gerecht. Siehe Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 n. 5. Ueber die auf der Theorie Thöls beruhenden Entscheidungen des R.O.H.G. Bd. 22 S. 285 und Bd. 23 S. 145 vgl. mein preuß. P.R. Bd. 2

§ 97. Verpflichtungen des Käufers.

Der Verkäufer kann mit der actio venditi vom Käufer fordern:

1. Zahlung[1] — Uebereignung[2] — des bedungenen Kaufpreises. Berichtigung durch andere Werthe, z. B. durch Wechsel, Aktien oder durch Uebernahme von Hypotheken,[3] kann dem Käufer verstattet oder zur Pflicht gemacht sein.

Außer dem Kaufpreise können dem Käufer andere Leistungen, z. B. Belassung von Miethern in der Kaufsache, aufgelegt sein.[4]

2. Der rückständige Kaufpreis ist von der Uebergabe der Waare an zu verzinsen,[5] wenn nichts Anderes vereinbart ist. Bei Kreditkäufen, bei welchen der Kaufpreis auf bestimmte Zeit gestundet wurde, ist dies zu unterstellen, da in diesem Fall der Zins der Zwischenzeit regelmäßig von vornherein im Preise berechnet wird.[6]

3. Verwendungen des Verkäufers nach dem Geschäftsabschluß sind ihm zu erstatten, wenn sie nothwendig waren oder unter Zustimmung des Käufers oder zwar ohne dessen Wissen aber in dessen offensichtlichem Interesse geschahen.[7]

4. Der Käufer ist nicht bloß die Waare zu fordern berechtigt,

---

§ 139 Anm. 7. Zutreffender ist die Theorie von Ihering a. a. O., wonach die Gefahr beim Genuskauf mit der Lieferung übergehen soll. Diese Theorie nennt Ihering selbst Lieferungstheorie. Richtiger würde man von einer Erfüllungstheorie sprechen. In der That geht beim Genuskauf die Gefahr — abgesehen von der mora — erst mit der Erfüllung auf den Käufer über. Vollzieht sich die Erfüllung aber, wie dies bei dem Distancekauf — oben § 95 Ziff. 3 — der Fall ist, mit der Uebergabe der Waare an einen Frachtführer für den Käufer, so knüpft sich hieran der Uebergang der Gefahr. Daß die Waare „ausgeschieden" sei, ist nicht schlechthin nöthig und kann nicht genügen. Vgl. Karlowa in Grünhuts Zeitschrift Bd. 16 S. 442.

1) l. 13 § 20 D. de a. e. v. 19, 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Veniunt autem in hoc judicium infra scripta: in primis pretium, quanti res venit, item usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere.

2) l. 11 § 2 in fine D. de a. e. v. 19, 1, l. 1 pr. D. de permutatione 19, 4.

3) Sollen Hypotheken „in partem pretii" übernommen werden, und ist diese Uebernahme nicht thunlich, z. B. weil die Hypothekenschuld bereits getilgt war, so hat die Berichtigung der entsprechenden Kaufpreisrate in Gelde zu geschehen.

4) l. 13 § 30 D. de a. e. v. 19, 1. Verschiedene in den Quellen erwähnte Nebenleistungen stellt zusammen Unterholzner Bd. 2 S. 296 Anm. g. Immerhin liegt ein Kauf nur vor, wenn der Hauptzweck des Geschäfts Umsatz der Waare gegen Geld ist. Darüber ist nach der Lage des Falls zu befinden. Das Werthverhältniß ist zu beachten, entscheidet aber allein nicht.

5) l. 13 § 20 D. de a. e. v. 19, 1, — abgedruckt in Anm. 1, — l. 18 § 1 D. de usuris 22, 1, l. 2 C. de usuris 4, 32. Vgl. übrigens auch fragm. Vat. § 2.

6) Nachträgliche Stundung des Kaufpreises hat die gleiche Bedeutung nicht.

7) l. 13 § 22 D. de a. e. v. 19, 1. Die Verwendungen sind vom Käufer auch dann zu ersetzen, wenn die Sache zufälligerweise unterging, ehe sie tradirt wurde.

er ist auch verpflichtet sie abzunehmen und hat, wenn er sie nicht abnimmt, die Kosten zu tragen, welche der Verkäufer aufwenden mußte, um sich ihrer zu entledigen. Die Verpflichtung zur Abnahme der Waare liegt dem Käufer aber dann nicht ob, wenn zur Zeit des Vertragsschlusses ein Interesse des Verkäufers an derselben nicht voraussehbar war.[8]

5. Der Käufer hat für Verschuldung einzustehen,[9] bei Distancesendungen liegt ihm sorgfältige Bewahrung der Waaren selbst dann ob, wenn er sie wegen Mängel oder aus anderen Gründen zurückzuweisen befugt ist.[10]

Gegenüber den Ansprüchen des Verkäufers kann der Käufer die Einrede des nicht oder des mangelhaft erfüllten Vertrages vorschützen.[11] Außerdem aber hat er die s. g. exceptio evictionis imminentis, wenn ihm zwar erfüllt ist, wenn ihm aber Eviktion droht. Droht theilweise Eviktion, so darf er einen verhältnißmäßigen Betrag zurückhalten. Durch Kaution kann der Verkäufer dieser Einrede begegnen.[12]

§ 98. Verpflichtungen des Verkäufers. Allgemeines.

Der Käufer kann mit der actio ex empto vom Verkäufer fordern:

1. Uebergabe der Kaufsache und ihres Zubehöres zur Zeit des Verkaufsschlusses.[1] Vervollständigung des Zubehöres

---

8) Ob der Käufer unbedingt zur Abnahme der Waare verpflichtet ist oder nur unter besonderen Voraussetzungen, ist bestritten. Vgl. Barkhausen in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 30 S. 30. In der l. 9 D. de a. e. v. 19, 1 entscheidet Pomponius libro 20 ad Sabinum einen besonderen Fall: Si is, qui lapides ex fundo emerit, tollere eos nolit, ex vendito agi cum eo potest, ut eos tollat. Hieraus allein ist eine ausnahmslose Pflicht nicht zu entnehmen.

9) Der Käufer ist insbesondere verantwortlich wegen schuldhafter Schädigung des Verkäufers bei der Abnahme der Waare.

10) H.G.B. Art. 348, vgl. R.O.H.G. Bd. 20 S. 202.

11) Siehe oben Bd. 2 § 21.

12) Nach einem responsum Papinians — fragm. Vat. § 12 — durfte der Käufer, wenn eine Eigenthumsklage gegen ihn erhoben war, den Kaufpreis während Schwebens des Prozesses selbst dann zurückhalten, wenn ihm Bürgen wegen der Eviktion angeboten wurden. Die kurze Prozeßverjährung der klassischen Zeit, welche rasche Entscheidung des Prozesses sicherte, machte dies zulässig. Als sie wegfiel, konnte hieran nicht festgehalten werden. Diokletian in der l. 24 C. de evictionibus 8, 44 giebt daher dem Verkäufer das Recht, den Kaufpreis während Obschwebens des Prozesses gegen Sicherheit zu verlangen, läßt aber die Retention des Kaufpreises zu, wenn dem Käufer eine evincirende Klage auch nur droht. Papinians Responsum mußte hiernach, um als l. 19 § 1 D. de per. et comm. 18, 6 in den Pandekten Justinians Aufnahme zu finden, interpolirt werden. Vgl. Puggè im Rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. 3 S. 438. Abweichende Ansichten äußert Bekker in seinem und Muthers Jahrbuch Bd. 6 S. 323.

1) l. 13 § 31, l. 18 D. de a. e. v. 19, 1 oben Bd. 1 § 77. Eine etwa ver-

kann er verlangen, soweit solches ordnungsmäßig mit der Sache zu liefern ist.[2 3]

Auch der Nutzen, welchen die Kaufsache nach Abschluß des Kaufvertrages einbrachte, gebührt dem Käufer, wie er die Gefahr trägt.[4] Und zwar sind ihm die von selbst erwachsenden Vortheile herauszugeben, z. B. Alluvionen oder die dem Eigenthümer als solchem anfallende Hälfte eines in der verkauften Sache gefundenen Schatzes, nicht minder der regelmäßige, mittels der Thätigkeit des Verkäufers gewonnene Ertrag der Sache, und selbst civile Früchte, also auch Pacht- und Miethgelder.[5] Auf Spekulationsgewinn des Verkäufers, z. B. durch besonders günstigen Verkauf der erzielten Früchte, hat der Käufer keinen Anspruch.[6]

Der Ort der Leistung der Waare bestimmt sich nach allgemeinen

---

einbarte „Dreingabe" ist gleichfalls Theil des Kaufgegenstandes, l. 31 § 25 D. de aedil. edicto 21, 1. Vgl. Bauer, die Dareingabe beim Kauf 1887.

2) Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen. Ein verkauftes Haus z. B. ist mit den Schlüsseln, ferner, soweit dies ortsüblich ist, mit Sommerläden zu tradiren.

3) Beim Verkauf von Immobilien kann der Käufer auch die Mitwirkung des Verkäufers zur Ueberschreibung im Grundbuche fordern.

4) Vgl. oben Bd. 2 § 23 Anm. 7. Jhering, Abhandlungen n. 1 1843, Mommsen, Erörterungen aus dem D.R. 1. Heft 1859, § 3 I. de empt. et vend. 3, 23, l. 7 pr. D. de per. et comm. 18, 6.

5) Wie es sich mit den Pacht- und Miethzinsen verhält, ist alte Streitfrage, vgl. Mommsen a. a. O. S. 124. Meist unterscheidet man derzeit zwei Fälle. Wenn der Mieth- oder Pachtvertrag vor dem Verkauf geschlossen war, soll der Käufer keinen Anspruch auf die Miethzinsen haben, auch nicht auf die für die Zeit nach dem Kauf zu entrichtenden. Wenn aber der Mieth- oder Pachtvertrag nach dem Kauf vom Verkäufer geschlossen wurde, sollen die Miethzinsen dem Käufer zukommen, weil der Verkäufer in diesem Falle als dessen negotiorum gestor anzusehen sei. Die Behandlung des Verkäufers als negotiorum gestor des Käufers ist aber gezwungen und die Distinktion auch nichts weniger als praktisch und billig. Ulpianus libro 32 ad edictum l. 13 § 13 D. de a. e. v. 19, 1 sagt denn auch ganz allgemein: Item si quid ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium quaesitum est, emptori praestabitur. Sollte der Käufer des Schiffes gleichwohl auf die Schiffsfrachten keinen Anspruch haben, wenn die Verträge vor dem Verkaufe mit den Befrachtern geschlossen waren, die Befrachtung und die Seefahrt aber erst nach dem Verkaufe erfolgte? In der Entscheidung Ulpians ist dies nicht angedeutet! Allerdings erklärt aber Ulpian an demselben Orte — l. 13 § 11 D. eod. —: Si in locatis ager fuit, pensiones utique ei cedent, qui locaverat: idem est in praediis urbanis, nisi si quid nominatim convenisse proponatur. Der Widerspruch löst sich wohl, wenn man den Zusammenhang des § 11 mit dem vorhergehenden § 10 erwägt. Dort werden für den Fall des Verkaufes eines Ackers mit reifen Früchten dem Käufer die Früchte zugesprochen, wenn sie nur erst nach dem Verkaufe percipirt wurden. Im Anschluß hieran will § 11 cit. betonen, daß dem Verkäufer — bereits fällige — Miethzinsen verbleiben, wenn sie auch erst nach dem Verkaufe eingezogen werden. Daß der Jurist bei den „pensiones" in diesem Zusammenhang nur an bereits verfallene Zinsen dachte, ist erklärlich. Leicht möglich auch, daß die Zweideutigkeit erst durch die den Kompilatoren geläufige Verkürzung der Ausführung Ulpians entstand.

6) l. 21 D. de her. vel act. vend. 18, 4.

Grundsätzen. Er ist bei Handelskäufen dort, wo der Verkäufer zur Zeit des Verkaufes seine Handelsniederlassung und in deren Ermangelung seinen Wohnort hat.[7] Eine *specielle Sache* ist in der Regel da zu liefern, wo sie sich *zur Zeit des Kontraktsabschlusses* befand.[8]

2. Jede *Verschuldung*, vor allem in *Verwahrung* der Kaufsache, verbindet den Verkäufer zum Schadensersatz.[9]

3. Der Verkäufer hat endlich *Gewähr* im Falle der Eviktion der Kaufsache zu leisten und haftet für *verborgene Mängel* sowie wegen *Zusagen*.

Diese Verbindlichkeiten sind besonders zu betrachten.

§ 99. Haftung des Verkäufers wegen Eviktion.[1]

Der Verkäufer hat seiner Verpflichtung durch Tradition der Kaufsache zunächst Genüge gethan. Aber hinterher kann sich ergeben, daß sein Recht nicht ausreichte, um dem Käufer die dauernde rechtliche Herrschaft über sie zu verschaffen; dann treten weitere Verbindlichkeiten hervor.[2]

Der Hauptfall ist die *Eviktion*, d. h. *die Entziehung der Kaufsache in Folge rechtskräftigen Urtheiles*. An diesen dachte man im Verkehr vornehmlich, und an ihn schloß sich die römische Theorie an.

In Rom waren *Strafstipulationen* zur Leistung des *Dop-*

---

7) H.G.B. Art. 342 Abs. 2.

8) l. 3 § 4 D. de a. e. v. 19, 1, H.G.B. Art. 342 Abs. 2. Vgl. oben § 32.

9) l. 35 § 4 D. de c. e. 18, 1, l. 1 § 1, l. 2 § 1, l. 3 D. de per. et comm. 18, 6.

1) Tit. Dig. de evictionibus et duplae stipulatione 21, 2, Cod. 8, 44, K. O. Müller, d. L. v. d. Eviktionsleistung I 1851 — unvollendet —; Bekker in seinem Jahrbuch Bd. 6 n. 8. Kempin siehe oben § 94 Anm. 16. P. F. Girard études historiques sur la formation du système d'eviction 1884. — Gewöhnlich verdeutscht man Eviktion mit „Entwährung", Windscheid dagegen Bd. 2 § 391 schreibt „Entwehrung" mit Berufung auf Grimms Wörterbuch: „der juristische Sprachgebrauch verwechselt entwehren (aus dem Besitz setzen) und entwähren (nicht leisten)."

2) Bekker a. a. O., vgl. S. 233 und 301, behauptet, „die evincirte Leistung ist keine Leistung" und „die Eviktion vernichtet den *Schein der Leistung*". Diese Auffassung ist aber nicht die der Römer; denn diese stellen die Pflicht zum „tradere" und „ob evictionem se obligare" nebeneinander, vgl. l. 1 pr. D. de permut. 19, 4. Sie ist auch keine praktische; ihre Konsequenz wäre, daß der Käufer nach der Eviktion zunächst auf bessere Erfüllung klagen müßte und nur für den Fall, daß sie nicht zu beschaffen wäre, auf das Geldinteresse. Daß aber der evincirte Käufer direkt auf sein Interesse zu klagen hat, ist praktischen Rechtens. In der von Bekker für sich angeführten l. 3 pr. D. de a. e. v. 19, 1 war dem Käufer die Sache durch Besitzklage abgestritten, also in der That trabirt.

pelten des Kaufpreises für den Fall der Eviktion wenigstens bei wichtigeren Objekten durchaus üblich; sie gehörten so zum Kaufgeschäfte, daß die Käufer mit der actio ex empto auf ihre Uebernahme klagen konnten, wenn sich ihnen die Verkäufer entzogen.[3]

Dem modernen Verkehr und dem gemeinen Rechte ist dies fremd. Hier kann der Käufer im Falle der Eviktion nur mit der actio ex empto auf sein Interesse klagen.[4]

1. Voraussetzungen sind:

a) Die Kaufsache muß dem Käufer trabirt sein.[5] Bis dahin kann der Käufer nur auf Tradition und bei deren Verzögerung auf Schadloshaltung klagen.

b) Die Sache muß aber dem Käufer ferner durch rechtskräftiges Urtheil abgesprochen und ihm thatsächlich entzogen sein.[6]

Das Urtheil gegen den Käufer schadet dem Verkäufer nur, wenn ihm rechtzeitig der Streit verkündet war,[7][8] d. h. in einem Stadium des Prozesses, in welchem noch die volle Vertheidigung offen stand.[9]

Ist dem Verkäufer der Streit gehörig verkündet, so unterliegt er

---

3) l. 31 § 20 D. de aed. edicto 21, 1. Zur satisdatio galt der Verkäufer in der Regel nicht als verpflichtet, l. 37 pr., l. 56 pr. D. h. t. 21, 2, l. 1 § 8 D. de stip. praet. 46, 5, doch entschied hierüber Ortsgewohnheit, l. 6 D. h. t. 21, 2; über geringere Kaufobjekte siehe l. 37 § 1 D. h. t. 21, 2. Vgl. überhaupt Brinz Bd. 2 S. 734, Bechmann a. a. O. S. 669. Lenel edictum S. 443, 446.

4) l. 8 D. h. t. 21, 2.

5) l. 61 und l. 62 pr. D. h. t. 21, 2, Müller a. a. O. S. 108.

6) Eviktion ist erst vorhanden, wenn das rechtskräftige Urtheil zur That wurde. Also vor allem, wenn der Käufer die Kaufsache, um dem Urtheil zu genügen, dem Evincenten herausgab, oder wenn sie ihm mittels Zwangsvollstreckung abgenommen wurde. Es genügt aber auch, wenn er als Kläger auftreten mußte und rechtskräftig abgewiesen wurde, weil er damit des Besitzes endgültig entsetzt ist. Endlich reicht es auch hin, daß der beklagte Käufer, weil er die Sache nicht gemäß des Richterspruches herausgab, in die Litisästimation verurtheilt ist; es wird nicht gefordert, daß er die Litisästimation bereits gezahlt hat. Denn die Sache gilt in Folge der Verurtheilung zur Litisästimation dem Prozeßgegner als abgekauft. Der Käufer hat die Sache daher fortan auf Grund dieses neuen Titels, und nicht auf Grund des ursprünglichen Kaufes, l. 16 § 1, l. 29 § 1, l. 57 pr. § 1 D. h. t. 21, 2.

7) Die Denuntiation wurde durch die Jurisprudenz gefordert, einmal, weil der Verkäufer über die Rechtslage der Kaufsache in der Regel besser unterrichtet sein wird, als der Käufer, dann auch, weil es sich bei dem Streit mit dem Evincenten mehr um das Interesse des Verkäufers handelt, welcher regreßpflichtig ist, als um dasjenige des Käufers selbst. Die Eviktionsstipulationen enthielten die Anforderung der Litisdenuntiation noch nicht, vgl. die Stipulationen der siebenbürgischen Wachstafeln bei Bruns, fontes juris ed. V pag. 256 ff.

8) In Rom geschah die Denuntiation außergerichtlich, nach neuerem Rechte hat sie gerichtlich zu erfolgen, C.P.O. § 70. Tritt der Litisbenunciat dem Prozesse bei, so ist er Nebenintervenient — socius litis § 71 a. a. O.

9) l. 29 § 2 D. h. t. Nach dem jetzigen Prozeßrechte genügt es, daß die Streitverkündung in der Berufungsinstanz geschieht, weil die Parteien in ihr mit ihrem Vorbringen nicht beschränkt sind.

dem Regreßanſpruche des evincirten Käufers, mag er nun an dem Prozeſſe Theil genommen haben oder nicht. Ob das evincirende Urtheil gerecht war oder nicht, kommt nicht in Betracht.[10]

Die Streitverkündung iſt überflüſſig, wenn ſich der Verkäufer auch ohne ſie als Nebenintervenient am Prozeſſe betheiligt, ferner wenn er auf ſie verzichtet,[11] wie auch wenn er abweſend, d. h. außerhalb des deutſchen Reiches iſt, oder wenn ſein Aufenthalt nicht zu ermitteln iſt, oder endlich, wenn er ſich der Streitverkündung dolos entzog.[12]

Unterblieb die Streitverkündung ohne ſolche Gründe, ſo wird der Verkäufer durch das evincirende Urtheil nicht verbunden. Iſt der Käufer aber im Stande nachzuweiſen, daß ihm nur ein ſcheinbares und hinfälliges Recht übertragen war, ſo kann er hierauf Schadensanſprüche gründen.[13]

c) Das Recht, auf deſſen Grund der Käufer evincirt wurde, muß endlich zu der Zeit beſtanden haben, *als ihm die Kaufſache übergeben wurde*.[14]

---

10) C.P.O. § 65. Nach l. 51 pr. D. h. t. 21, 2, vgl. l. 8 C. h. t. 8, 44, konnte ſich der Verkäufer darauf berufen, daß der Käufer den Prozeß sordibus judicis aut stultitia verloren habe.

11) l. 63 pr. D. h. t. 21, 2.

12) l. 56 § 5 D. h. t. 21, 2.

13) Daß der Käufer wegen Eviktion nur dann Regreß nehmen könne, wenn er dem Verkäufer den Streit verkündete, ſpricht mit großer Beſtimmtheit aus l. 7 C. h. t. 8, 44 und l. 8 C. eod., beide von Alexander: Emptor fundi nisi auctori aut heredi ejus denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fidejussores ejus habet. Hiermit wurde ein Satz, welchen bereits die Juriſten aus inneren Gründen vertheidigt hatten — vgl. l. 53 § 1 D. h. t. 21, 2 — durch die kaiſerliche Autorität befeſtigt. Gleichwohl nimmt eine mildere Anſicht an, daß die Unterlaſſung der Litisdenuntiation dann nicht ſchade, „wenn der Käufer nachweiſen könne, daß der Verkäufer den Verluſt des Prozeſſes nicht hätte abwenden können". Vollends Windſcheid Bd. 2 § 391 Anm. 12 will den Regreß wegen der Eviktion ſogar nur dann verſagen, „wenn der *Verkäufer* nachweiſen könne, daß er in der Lage geweſen wäre, dem Prozeſſe eine andere Wendung zu geben". Ein derartiger Beweis wäre nichts Leichtes und brächte den Verkäufer dem Käufer gegenüber, welcher ſeine Verpflichtung, den Streit zu verkünden, verſäumte, in eine mißliche Lage. Man muß nach meiner Meinung mindeſtens das aus den angeführten Verordnungen entnehmen, daß der Käufer, welcher dem Verkäufer den Streit nicht verkündete, ſich dieſem gegenüber nicht *auf das evincirende Urtheil* ſtützen kann. Es kann ihm nur der ſelbſtändige Nachweis offen ſtehen, daß er wegen des mangelnden Rechtes des Verkäufers nicht in die kontraktmäßig bedungene Stellung kam. Auf die l. 11 § 12 D. de a. e. v. 19, 1 wird man ſich übrigens bei unſerer Streitfrage kaum berufen können, da ſie nicht von eigentlicher Eviktion, ſondern von einem ädiliciſchen Mangel handelt. Vgl. Dernburg der ältere in Lindes Zeitſchrift n. F. Bd. 2 n. 1, Bekker a. a. O. S. 288.

14) l. 11 pr. D. h. t. 21, 2. Paulus libro 6 responsorum: Lucius Titius praedia in Germania trans Rhenum emit et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignatas: quaero, an hujus rei periculum ad venditorem pertinere

Es macht keinen Unterschied, ob die Eviktion durch eine Eigenthumsklage, eine Publicianische Klage, eine Pfandklage[15] oder eine gegen Dritte zulässige persönliche Klage geschah.[16 17]

Theilweise Eviktion giebt Anspruch auf verhältnißmäßigen Ersatz. Sie liegt in der Eviktion körperlicher oder ideeller Teile der Kaufsache, ferner indirekt in der Eviktion von Früchten oder anderen Erzeugnissen, welche die Kaufsache nach der Tradition eintrug, endlich auch in dem Erstreiten eines Nießbrauches.[18]

Dagegen gilt die siegreiche Geltendmachung von *Grundgerechtigkeiten* nicht als theilweise Eviktion.[19] Daher haftet der Verkäufer ihretwegen nur, wenn er die *Freiheit* von jeder Grundgerechtigkeit oder doch von Grundgerechtigkeiten der in Anspruch genommenen Art *besonders versprochen* oder wenn er die Gerechtigkeit *dolos verschwiegen* hat.[20]

possit? Paulus respondit: futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse. l. 1 C. de periculo et commodo 4, 48.

15) l. 34 § 2, l. 35, l. 68 § 1 D. h. t. 21, 2, l. 4, l. 5, l. 19 C. h. t. 8, 44. Heutzutage wird übrigens meist vereinbart, daß der Käufer bestimmte, auf dem erkauften Grundstücke lastende Hypotheken auf den Kaufpreis zu übernehmen habe, während der Verkäufer die Liberation von etwaigen anderen nicht übernommenen Hypotheken verspricht. Dann hat natürlich der Käufer nur wegen der letzteren dem Verkäufer gegenüber Ansprüche. Und zwar kann er auf Befreiung klagen und ist nicht verbunden, eine Entwährung abzuwarten.

16) In l. 34 § 1 D. h. t. 21, 2 ist von einer Theilungsklage, in l. 39 pr., l. 66 § 1 D. eod. einer in integrum restitutio die Rede.

17) Wird der Besitzerwerb des Käufers durch possessorische Klage in Frage gestellt und unterliegt er hierbei, so ist er nicht evincirt; es ist ihm vielmehr noch nicht tradirt, l. 11 § 13 D. de a. e. v. 19, 1. Er hat daher auf Verschaffung des Besitzes und nur eventuell auf Leistung des Interesses zu klagen.

18) l. 66 pr. D. de c. e. 18, 1, l. 15 § 1, l. 39 § 5 D. h. t. 21, 2.

19) Dies ist herrschende Ansicht, sie stützt sich auf l. 59 D. de contr. empt. 18, 1. Celsus libro 8 Digestorum: Cum venderes fundum, non dixisti „ita ut optimus maximusque“: verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere: idem et in urbanis praediis dicendum est. Ebenso erklärt l. 75 D. h. t. 21, 2, daß der Verkäufer wegen Grundgerechtigkeiten nur in Anspruch genommen werden könne, wenn er das Grundstück als „optimus maximus“, d. h. frei von belastenden Servituten tradirt habe. Die dagegen angeführten l. 61 D. de aedilicio edicto 21, 1 und l. 25 § 1 D. h. t. 21, 2 bestimmen nur, was der Verkäufer zu leisten hat, wenn der Käufer einen Evictionsanspruch wegen Grundgerechtigkeiten hat, erklären sich aber nicht darüber, wann ein solcher geltend gemacht werden kann. So Windscheid Bd. 2 S. 391 Anm. 28. Die Neueren sind fast sämmtlich der hier vertretenen Ansicht: Müller S. 185, Bangerow Bd. 3 § 610, Bekker S. 268 und die Lehrbücher. Ebenso R.G. Bd. 4 S. 194, Bd. 7 S. 174. Dagegen ist Neustetel in seinen und Zimmerns Untersuchungen S. 216.

20) Nichtanzeige der dem Verkäufer bekannten Grundgerechtigkeiten ist nicht unter allen Umständen Dolus — R.G. Bd. 7 S. 174 —, wohl aber, wenn der Verkäufer weiß, daß sie den Zwecken, zu welchen der Käufer kaufte, z. B. der Verwerthung der Kaufsache zu einem Bauplatze, entgegenstehen.

Auf Reallasten läßt sich dies nicht anwenden. Vielmehr steht der Verkäufer zwar für Lasten nicht ein, die nach der Ortsgewohnheit die Gegenstände der bezüglichen Art regelmäßig beschweren, wohl aber für nicht ortsübliche, welche er dem Käufer nicht anzeigte und die diesem unbekannt geblieben waren.[21]

d) Der Verkäufer ist nicht regreßpflichtig, wenn der Käufer das bessere Recht des Evincenten zur Zeit des Kaufes kannte.[22]

Ebensowenig, wenn er „frei von Verbindlichkeiten" verkaufte oder wenigstens die Haftung wegen Eviktion ablehnte. Nicht einmal die Rückgabe des gezahlten Kaufpreises liegt ihm dann im Eviktionsfalle ob. Wußte er aber, daß er ohne Recht sei, und erschlich er den Verzicht auf Eviktion, so haftet er dem Käufer trotz desselben wegen seines Dolus.[23]

2. Gegenstand des Anspruches des evincirten Käufers ist sein Interesse.

Gemäß der allgemeinen Grundsätze ist dasselbe nach der Zeit des Urtheiles über die Regreßklage zu bemessen.[24] Dabei ist der Werth, den die Kaufsache für den Käufer hätte, zu schätzen. Der Kaufpreis kommt nicht in Betracht.[25]

Ging die Sache durch mehrere Hände — von A. an B., von B. an C. — und wird C. evincirt, so hat B. Regreß gegen A. wegen der Eviktion seines Nachmanns und C. einen solchen gegen B. wegen der eigenen Eviktion. Gegen A. hat C. einen unmittelbaren Anspruch

---

21) Wegen der Lasten vgl. l. 9 C. de a. e. v. 4, 49 und l. 21 § 1, l. 41 D. de a. e. v. 19, 1, die freilich ein sicheres Resultat nicht ergiebt. Siehe namentlich Bekker a. a. O. S. 277. Wegen der Rückstände von Abgaben und Lasten steht der Verkäufer ein, wenn sie der Käufer nicht übernahm.

22) l. 27 C. h. t. 8, 44. Natürlich bezieht sich dies nicht auf Fälle, in welchen der Verkäufer die Beseitigung des Rechtes des Dritten versprochen hatte.

23) l. 6 § 9 D. de a. e. v. 19, 1, l. 69 § 5 D. h. t. 21, 2, l. 11 § 18 D. de a. e. v. 19, 1. Ueber die letztere Stelle siehe die bei Arndts § 303 Citirten. Scharff, d. L. v. Gewährerlaß, Greifswald 1888.

24) l. 8 D. h. t. 21, 2, l. 25, l. 29 C. h. t. 8, 44. Maßgebend ist nicht, wie Windscheid Bd. 2 § 391 Anm. 34 sagt, „die Zeit der Entwehrung". Verwendungen sind zu ersetzen, l. 9, l. 16 C. h. t. 8, 44, soweit sie noch existiren, werthsteigernd sind und der Käufer ihren Ersatz vom Evincenten nicht erlangen konnte. l. 43, l. 45 pr. § 1 D. de a. e. v. 19, 1. Ueber Kostenersatz siehe Bekker S. 310. Wird ein Theil der Kaufsache evincirt, so ist natürlich nicht bloß dessen Werth zu schätzen, sondern nicht minder um wie viel das dem Käufer Uebrigbleibende für diesen weniger werth ist. In den Quellen finden sich besondere Regeln über Theileviktionen im Falle einer duplae stipulatio. So namentlich in der l. 64 D. h. t. 21, 2, vgl. über diese Stelle Brinz Bd. 2 S. 738. Die bezüglichen Entscheidungen haben keine praktische Bedeutung mehr.

25) l. 70 D. h. t. 21, 2, l. 66 § 3 D. eod. Das Interesse kann — bei Sinken des Werthes der Kaufsache — niedriger als der Kaufpreis sein.

nicht; der Regreß ist kein springender. Aber B. ist verpflichtet, seinem Nachmann C. seinen Anspruch gegen seinen Vormann A. zu cediren.[26]

3. Auf die Fälle der Eviktion blieb der Rückgriff des Käufers gegen den Verkäufer nicht beschränkt.

Er kann sein Interesse vielmehr in allen Fällen fordern, in denen er durch das mangelhafte Recht des Verkäufers Vermögensnachtheile erlitt. So namentlich, wenn er den Eigenthümer beerbte, denn er hat dann den Kaufpreis umsonst ausgegeben; nicht minder wenn ihm die Sache vermacht oder geschenkt ist,[27] oder auch wenn er sie vom wahren Eigenthümer, z. B. um dessen Ansprüche zu beseitigen, gekauft hat.[28] Selbst dann ist ihm eine Klage auf Schadloshaltung nicht zu versagen, wenn er nachträglich erfährt, daß die Kaufsache einem Dritten gehört, so daß er die Stellung eines gutgläubigen Besitzers verliert.[29 30] Natürlich muß aber in derartigen Fällen der Käufer dem Verkäufer gegenüber den Beweis führen, daß der Dritte ein besseres Recht an der Sache hatte, als der Verkäufer.

4. Der Rückgriff besteht nicht bloß beim Kaufe, sondern auch beim Tausche, der Theilung, dem Vergleiche, überhaupt in allen Fällen entgeltlicher Veräußerung.[31]

---

26) l. 61, l. 39 § 1, l. 71 D. h. t. 21, 2.

27) l. 41 pr. § 1 D. h. t. 21, 2, l. 13 § 15 D. de a. e. v. 19, 1. Paul II 17 § 8.

28) l. 29 pr. D. h. t. 21, 2.

29) Dies ist im Wesentlichen der Standpunkt von Eck, die Verpflichtung zur Gewährung des Eigenthumes 1874. Die Römer hielten allerdings principiell an dem Satze fest, den Africanus libro 8 quaestionum l. 30 § 1 D. de a. e. v. 19, 1 formulirt: „venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat". Allein wie Eck a. a O. S. 25 nachgewiesen hat, sind die römischen Juristen in zahlreichen Entscheidungen über jenen Satz hinausgegangen. Insbesondere haftet der Verkäufer in Folge seines Dolus, wenn er wissentlich dem Käufer eine fremde Sache verkauft hat, wegen dessen Interesse an Gewährung des Eigenthumes, l. 30 § 1, l. 45 § 1 D. de a. e. v. 19, 1. Jene einzelnen Entscheidungen haben die Römer noch nicht auf ein Princip zurückgeführt. Man wird aber ihren Tendenzen und jedenfalls den Auffassungen des heutigen Lebens gerecht, wenn man mit Eck dem Käufer stets ein Klagerecht gegen den Verkäufer giebt, falls durch Nichtverschaffung des Eigenthumes sein Interesse verletzt wurde.

30) Ist die der Eviktion unterworfene Sache vor der Eviktion durch Zufall untergegangen, so kann der Käufer nichts von dem Verkäufer fordern, dieser sei denn wegen Dolus verantwortlich. l. 21 pr. h. t. 21, 2, l. 26 C. h. t. 8, 44. Dies wird man auch heute festhalten können, falls dem Käufer noch kein Schaden erwachsen war, als die Sache unterging.

31) Bei solchen Verträgen, welche keinen streng geschäftlichen Charakter haben, z. B. gelegentlichem Tausch, wird jedoch oft eine Verpflichtung zur Leistung des vollen Interesses wegen Entwährung außerhalb der Vertragsintention liegen und um deswillen nicht anzunehmen sein. Vgl. Bernhöft in Bekker und Fischer Beiträgen z. E. d. d. G.B. Heft 12 S. 10.

§ 100. Haftung für Zusagen und Mängel.[1]

Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen ist der Verkäufer dem Käufer zur Leistung des *Interesses* einmal dann verbunden, wenn er Eigenschaften der Kaufsache *versprach*, die ihr fehlen, ferner dann, wenn er beim Kaufabschlusse Mängel derselben *kannte* und diese schuldhafter Weise *verschwieg*.[2 3]

Viel weiter geht das *ädilicische* Recht, d. h. die besonderen Regeln, welche sich im Anschlusse an die Edikte der kurulischen Aedilen entwickelten.

Die Aedilen hatten behufs ihrer Marktjurisdiktion zunächst besondere Edikte für Sklavenverkäufe, dann auch für Verkäufe von Spannvieh[4] aufgestellt, und die Jurisprudenz der Kaiserzeit wendete deren Normen auf alle Verkäufe an.[5]

Hiernach richtet sich die Haftung des Verkäufers wegen *Zusagen* und wegen *verborgener Mängel*.[6]

---

1) Tit. Dig. de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris 21, 1, Cod. de aedilicüis actionibus 4, 58. Neustetel in seinen und Zimmerns Untersuchungen n. 9, Unterholzner im Archiv für civ. Praxis Bd. 6 n. 3, Hermann Keller in Sells Jahrbüchern Bd. 3 S. 86, Bechmann, Kauf Bd. 1 S. 391, Hanausek, die Haftung des Verkäufers für die Beschaffung der Waare 1883—1887.

2) Dies galt bereits zur Zeit Ciceros im Grundstücksverkehr: de officiis III cap. 16 § 65. Vgl. über das ältere Recht Bechmann Bd. 1 S. 192 ff.

3) Schon hier sei folgender maßgebende Ausspruch angeführt: l. 13 pr. D. de act. e. v. 19, 1. Ulpianus libro 32 ad edictum: Julianus libro 15 inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse sciissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse, erit praestandum.

4) l. 1 § 1 D. h. t. 21, 1 — Sklavenedikt —, l. 38 pr. D. eod. — Jumentenedikt von Bechmann a. a. O. genannt.

5) l. 1 pr.. l. 63 D. h. t. 21, 1, l. 11 § 3 D. de a. e. v. 19. 1. Wlassak, zur Geschichte der negotiorum gestio S. 169, Hanausek a. a. O. S. 55.

6) Zahlreiche Bestimmungen des Edikts hingen mit specifischen römischen Verkehrsgewohnheiten zusammen und sind nicht recipirt. a) Der Verkäufer mußte dem Käufer binnen 2 Monaten nach dem Verkauf die Abwesenheit von Mängeln ausdrücklich promittiren l. 28 D. h. t. 21, 1, l. 11 § 4 D. de a. e. v. 19, 1; vgl. auch l. 62 D. h. t. Diese Garantiestipulation wegen Mängel pflegte mit der stipulatio duplae wegen Eviktion verbunden zu sein, ging jedoch in der Regel nicht auf das Doppelte, sondern auf das Interesse, vgl. l. 31 D. de evict. 21, 2. Beispiele finden sich bei Bruns fontes ed. V p. 256, s. auch Hermes Bd. 19 S. 419. Für den Fall der Nichtleistung der Garantiestipulation konnte der Käufer den Kauf mit einer actio redhibitoria rückgängig machen. In Deutschland ist eine solche Klage ganz unbekannt, Hanausek Bd. 1 S. 79. Windscheid freilich Bd. 2 § 394 n. 4 und Anm. 17 hält den Beweis „eines aufhebenden Gewohnheitsrechts nicht erbracht". b) Der Käufer hatte binnen 2 Monaten eine redhibitorische Klage, wenn ihm mit dem ver-

a) Der Verkäufer steht nach Aedilenrecht nicht bloß wegen versprochener, sondern wegen aller bei der Verhandlung und ihrer Vorbereitung *angegebenen* Eigenschaften der Kaufsache ein — der dicta wie der promissa, sofern der Käufer nicht die Unrichtigkeit der Angaben kannte.[7] *Vage Anpreisungen* aber, die im Verkehr allgemein nur als Redensarten gelten, sind rechtlich ohne Bedeutung.[8]

b) Der Verkäufer haftet ferner für nicht angezeigte *Mängel* der Waare, d. h. solche Abweichungen *von ihrer gewöhnlichen Beschaffenheit*, welche ihre Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit beeinträchtigen.[9][10] Wegen *sichtbarer* Mängel hat der Käufer aber keine

---

kauften Vieh dessen Aufputz — ornamenta — nicht geliefert wurde. l. 38 pr. § 11 D. h. t. 21, 1. Auch dies hält Windscheid Bd. 2 § 395 Anm. 5 für praktisch. Doch erhält in Deutschland das zum Verkauf gestellte Vieh keinen Aufputz und derselbe wäre, wenn es etwa aufgeputzt wäre, nicht mitverkauft. c) In mehreren Fällen wurde der Verkäufer, welcher sich gegen das Edikt verfehlte, in das Doppelte verurtheilt. Es war dies namentlich der Fall, wenn man es bei der actio redhibitoria trotz des Restitutionsbescheids des Richters zur Geldkondemnation kommen ließ; fügte man sich dem arbitrium de restituendo, so hatte man weiter nichts zu leisten. So ist l. 45 D. h. t. zu verstehen. Siehe Eck in den Festgaben für Beseler S. 187. Windscheid Bd. 2 § 263 Anm. 15, § 394 Anm. 11 erachtet auch die Verurtheilung des Verkäufers auf das Doppelte für gemeinrechtlich „wenn er seine Verbindlichkeiten bis zum Urtheil nicht erfüllt". Indessen wird Niemand einen solchen Klageantrag stellen, er würde der Abweisung und dem Spott nicht entgehen.

7) l. 19 § 2 D. h. t. 21, 1, l. 17 § 20, l. 18 D. eod., vgl. Bechmann a. a. O. S. 408. Angaben des Verkäufers über den Flächeninhalt des verkauften Grundstückes sind in der Regel als *Zusicherung einer Eigenschaft* aufzufassen. Vgl. l. 2 pr., l. 4 § 1, l. 6 pr., l. 13 § 14, l. 22, l. 42 D. de a. e. v. 19, 1, l. 65 § 6 D. de evict. 21, 2. Jedoch können sie auch bloß zu allgemeiner Orientierung dienen, ohne daß sie verpflichtend sein sollen. In welchem Sinne die Angaben gemacht sind, ergiebt sich namentlich aus der Ortsgewohnheit.

8) l. 19 pr. D. h. t. 21, 1. Ulpianus libro 1 ad ediotum aedilium curulium: Sciendum tamen est quaedam et si dixerit praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixerit frugi probum dicto audientem. ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit quod dixit. l. 19 § 3 D. eod. Hanausek a. a. O. Bd. 1 S. 76 Anm. 4.

9) Nur vom Mangel der Brauchbarkeit spricht l. 1 § 8 D. h. t. 21, 1. Ulpianus libro 1 ad edictum aedilium curulium: Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum. dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Es ist gleichwohl anzunehmen, daß auch, abgesehen vom Handelsrecht und dem Art. 335 des H.G.B., ein Mangel der Waare nicht minder darin liegt, daß ihre „Handelbarkeit" beeinträchtigt ist. Vgl. jedoch Hanausek a. a. O. Bd. 1 S. 69.

10) Windscheid Voraussetzung n. 73, Pand. Bd. 2 § 395 sucht die aedilicischen Klagen auf den Gedanken der „Voraussetzung" zurückzuführen. Demgemäß läßt der Entwurf des b. G.B. den Verkäufer für Mängel haften, welche den „*nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch*" beeinträchtigen. Hiergegen erklärt sich Crome, Archiv für civ. Praxis Bd. 78 n. 4. Ein solcher Satz ist in der That nicht zweckmäßig. Der redselige Käufer kauft ein Reitpferd und erklärt dabei, er wolle es auch als Kutschpferd einspannen. Kann er es zurückgeben, wenn es sich hierzu nicht gewöhnen will, obgleich es im Uebrigen fehlerlos ist? Der Verkäufer genügt

Ansprüche, wenn die Waare beim Verkaufe gegenwärtig war, oder wenn er sie vorher besehen hatte.[11]

Die ädilicischen Ansprüche sind nicht davon abhängig, daß der Verkäufer die Mängel kannte oder kennen konnte.[12] Sie treten z. B. auch ein, wenn das verkaufte Vieh zur Zeit des Kaufschlusses krank, die Krankheit aber noch nicht erkennbar war.

Aber sie führen auch nur zur Aufhebung des Geschäftes oder Preisminderung und keineswegs zum Ersatze des vollen Interesses des Käufers, z. B. des Schadens der Ansteckung seines Stallviehes durch das gekaufte Stück.[13]

Es handelt sich also um eine Art von Vermittelung der Prätentionen beider Theile.[14]

§ 101. Die ädilicischen Klagen im Einzelnen.

Der Käufer hat nach ädilicischem Rechte wegen falscher Angaben und verborgener Mängel nach seiner Wahl entweder die actio redhibitoria oder die actio quanti minoris.

1. Die actio redhibitoria — Wandelungsklage — bezweckt *Aufhebung des Geschäftes* zwischen Käufer und Verkäufer.[1]

---

seiner Pflicht, wenn die Waare objektiv gut ist und wenn sich seine Zusagen bewahrheiten. Was der Käufer sonst erwartet und voraussetzt, geht ihn nichts an. So jedenfalls nach gemeinem Recht.

11) l. 14 § 10 in fine D. h. t. 21, 1. Ulpianus libro 1 ad ediotum aedilium curulium ... ad eos enim morbos vitiaque pertinere edictum aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare potuit. l. 1 § 6 D. eod.

12) l. 1 § 2 D. h. t. 21, 1.

13) Vgl. die oben Anm. 8 abgedruckte l. 13 pr. D. de a. e. v. 19, 1.

14) Haftet der Verkäufer, welcher *gutgläubig* eine Eigenschaft der Kaufsache als vorhanden oder einen Mangel als nicht vorhanden bezeichnet hat, ohne doch ein besonderes Garantieversprechen geleistet zu haben, dem Käufer im Falle der Unrichtigkeit seiner Angaben auf das *volle Interesse*? So meint Hanausek a. a. O. S. 48 ff. und wohl auch Windscheid Bd. 2 § 395 Anm. 3. Diese Ansicht steht aber mit den Grundsätzen, die Julian in der l. 13 pr. D. de a. e. v. 19, 1 — oben Anm. 3 — entwickelt, in Widerspruch. Sie wäre hart und auch folgewidrig. Wird ein Stück Vieh verkauft, welches anscheinend gesund ist, das aber, ohne daß es der Verkäufer wissen konnte, bereits von einer Krankheit inficirt war, so giebt man zu, daß der Verkäufer dem Käufer an sich nicht für Schaden durch die Ansteckung seines Viehstandes haften muß. Soll sich dies ändern, wenn der Verkäufer *unbefangen*, aber auch ohne ausdrücklich eine Garantie zu übernehmen, bemerkt hat: das zum Verkauf ausgebotene Thier sei vollkommen gesund? Dagegen spricht sich auch die l. 45 D. de c. e. 18, 1 aus, siehe Pernice, Labeo Bd. 2 S. 324. Das ist freilich zuzugestehen, daß die l. 6 § 4 D. de a. e. v. 19, 1 und die l. 21 § 2 D. eod. mit der Distinktion Julians nicht recht stimmen, so daß anzunehmen ist, sie haben dieselbe nicht anerkannt oder sie haben einen unentschuldbaren Irrthum des Verkäufers vorausgesetzt, welcher bei den von ihnen besprochenen Beispielen thatsächlich sehr nahe lag. Einverstanden ist Crome a. a. O. S. 140.

1) l. 28 § 7 D. h. t. 21, 1. Julianus ait judicium redhibitoriae actionis

a) Sie betreibt insbeſondere Rückgabe des gezahlten Kaufpreiſes,[2] ferner Erſtattung landesüblicher Zinſen deſſelben von dem Momente ſeiner Zahlung.[3]

b) In der Regel hat der Käufer dagegen die Kaufſache mit ihrem Zubehör, ſowie deren Früchte und alles was ſie ſonſt abwarf, zurückzuerſtatten,[4] ebenſo auch die Werthverminderung zu erſetzen, welche die Sache durch ſeine oder ſeiner Leute Schuld erlitt.[5]

Dies iſt Bedingung der Durchführung ſeines Anſpruches. Jedoch kann er trotz Rückempfangs des Kaufpreiſes die Kaufſache ſo lange zurückhalten, bis ihm auch die *Auslagen* erſetzt ſind, die er auf ſie machte.[6]

Steht der Käufer von der Redhibition nachträglich ab, ſo kann ſie der Verkäufer nicht ſeinerſeits betreiben, ſelbſt wenn *auf* ſie durch rechtskräftiges Urtheil erkannt wäre.[7] Denn die Redhibition iſt Recht und keineswegs Pflicht des Käufers.

c) Zufälle, welche der verkauften Sache beim Käufer zuſtoßen, ſind Schaden des Verkäufers. Dieſer hat daher den Preis ſelbſt dann zurückzuerſtatten, wenn er wegen zufälligen Unterganges der Kaufſache nichts dagegen erhält. Dem gaben die Römer den bizarren Ausdruck

---

utrumque. id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere l. 23 § 1, l. 60 D. eod. Aber freilich werden keineswegs alle auch entfernte Folgen des Verkaufes beſeitigt, vielmehr hat man ſich innerhalb gewiſſer Grenzen gehalten, wie dies dem Grundgedanken einer Vermittelung zwiſchen den Anſprüchen entſprach, l. 17 § 2 D. de furtis 47, 2. Daß es ſich nur um *perſönliche* Anſprüche handelt und keineswegs um dingliche gegen Dritte, iſt ſelbſtverſtändlich.

2) l. 27 D. h. t. 21, 1. Iſt der Kaufpreis noch nicht gezahlt, ſo iſt der Käufer von ſeiner Schuld zu liberiren, „sive ipsi venditori obligatus est, sive etiam alii“. l. 29 § 1 D. h. t. 21, 1.

3) l. 27, l. 29 § 2 D. h. t. 21, 1.

4) l. 23 § 9, l. 24, l. 31 §§ 2—4, l. 33 D. h. t. 21, 1.

5) l. 31 §§ 11 und 12 D. h. t. 21, 1. Das Edikt ſprach nur von dem Schaden, welcher „opera familiae procuratorisve ejus“ entſtand, alſo durch deren Thätigkeit — Hanauſek a. a. O. S. 144 — aber die Interpretation der Juriſten erklärte dies als verſchuldeten Schaden; l. 48 pr. D. h. t. 21, 1.

6) l. 29 § 3, l. 30 § 1 D. h. t. 21, 1. Laufende Auslagen kompenſiren ſich mit dem Gebrauche. Fütterungskoſten ſind daher dem Käufer nicht zu erſtatten, wenn er von dem gekauften Thiere Gebrauch machen konnte. R.O.H.G. Bd. 3 S. 100. — Windſcheid Bd. 2 § 394 Anm. 8 und Hanauſek wollen dem Käufer wegen *Auslagen* auf die Sache nur Anſprüche zugeſtehen, „*wenn ſie auch der Verkäufer gemacht haben würde*“. Aber was geht den Käufer weiter der Verkäufer an! Man denke, der Käufer hat Jungvieh zum Mäſten gekauft. Sind dem Käufer die Koſten der Mäſtung nicht zu erſetzen, weil ſie der Verkäufer nicht aufgewendet hätte? Das wäre wunderbar. Es läßt ſich dies auch nicht aus l. 27 D. h. t. rechtfertigen, denn was „emptionis causa erogatum est“, ſind Ausgaben beim und behufs des Abſchluſſes des Kaufes, aber keineswegs Verwendungen auf die Kaufſache.

7) l. 29 pr. D. h. t. 21, 1, vgl. l. 25 § 10, l. 26 D. h. t. 21, 1.

„mortuus redhibetur“ — der todte Sklave wird zurückgegeben, d. h. nichts.[8][9]

d) Miterben des Käufers müſſen ſich ſämmtlich über die Redhibition einigen, wenn ſie redhibitoriſch klagen wollen.[10] Von den Miterben des Verkäufers kann aber jeder einzelne auf Redhibition belangt werden, ſo daß er den auf ihn entfallenden Theil des Kaufpreiſes gegen Ueberlaſſung des entſprechenden ideellen Theiles der Kaufſache zurückzugeben hat.[11]

e) Wurden *mehrere Objekte zuſammen verkauft* und iſt eines mangelhaft, ſo erſtreckt ſich die Redhibition nothwendig auf alle, wenn ſie im Sinne des Verkehres oder nach beſonderer Erklärung beim Geſchäftsſchluſſe als *Einheit* gekauft wurden.[12] Die Einheit des Preiſes iſt für dieſe Abſicht nicht entſcheidend.[13]

f) Die redhibitoriſche Klage verjährt in 6 Monaten, vom Verkauf an, aber utiliter berechnet. Nichtkenntniß des Käufers vom Fehler hindert daher den Beginn der Verjährung, es ſei denn, daß ſie auf grober Nachläſſigkeit beruht.[14]

g) Beim Kauf geringwerthiger Sachen beſteht kein Redhibitionsrecht.[15]

---

8) l. 31 § 11, l. 38 § 3 D. h. t. 21, 1. Nicht einmal verſchuldete Zerſtörung der Waare nimmt dem Käufer den Redhibitionsanſpruch. Seine Schuld verbindet ihn nur, ſich die Werthminderung der mangelhaften, zerſtörten Waare vom Kaufpreiſe abziehen zu laſſen. Siehe Eck in der Anm. 9 citirten Abhandlung.

9) Beſtritten iſt, ob der Käufer durch die Veräußerung der Kaufſache oder deren Specifikation des Redhibitionsrechtes verluſtig gehe. Dies hat das R.O.H.G., vgl. insbeſondere Bd. 11 S. 202, bejaht. Dagegen hat ſich neuerdings Eck in den Feſtgaben für Beſeler S. 161 erklärt, wo auch die Litteratur der Frage zuſammengeſtellt iſt. Mit Recht führt Eck aus, daß, wenn der Käufer in Unkenntniß des Mangels veräußert hat, ſein Redhibitionsanſpruch nicht verwirkt ſein kann, daß er ihn vielmehr immer noch geltend machen kann, ſofern er etwa die Sache ſelbſt zurückerwirbt oder zur Anrechnung ihres Sachwerthes auf den von ihm zurückgeforderten Preis bereit iſt. Nur dann, wenn er in Kenntniß des Mangels ohne zwingende Gründe veräußerte und in Folge deſſen die Sache nicht mehr in natura redhibiren kann, iſt ſein Anſpruch auf Redhibition als ausgeſchloſſen anzuſehen.

10) l. 31 §§ 5—7 D. h. t. 21, 1.

11) l. 31 § 10 D. h. t. 21, 1 vgl. Hanauſek a. a. O. S. 149.

12) l. 35 D. h. t. 21, 1.

13) Die ältere römiſche Jurisprudenz nahm ohne weiteres Zuſammengehörigkeit der Kaufobjekte bei Einheit des Preiſes — unitas pretii — an. So noch Afrikanus in der l. 34 pr. D. h. t. und Pomponius in der l. 64 pr. D. eod. auf Grund der Autorität des Labeo. Die ſpätere klaſſiſche Jurisprudenz, und zwar vor allem Ulpian in der l. 38 § 14, l. 59 § 1 D. h. t. 21, 1, legte auf die Einheit des Preiſes mit Recht ein entſcheidendes Gewicht nicht mehr. Anders Fick im Archiv für Wechſelrecht Bd. 8 § 129. Er nimmt an, die Einheit des Preiſes gebe dem Käufer das Recht der *Wahl* zwiſchen der Redhibition des einzelnen fehlerhaften Stückes und der Rückgabe des ganzen Aſſortimentes.

14) l. 19 § 6, l. 55 D. h. t. 21, 1. R.G. Bd. 21 S. 162. Vgl. übrigens Bruns und Sachau, ſyriſch-römiſches Rechtsbuch S. 206.

15) l. 48 § 8 D. h. t. 22, 1. Pomponius libro 28 ad Sabinum: Simplariarum

2. Der Käufer hat ferner die Minderungsklage — actio quanti minoris — behufs Kürzung des Kaufpreiſes um den Betrag, welchen die Kaufſache wegen des Mangels weniger werth iſt,[16][17] als angenommen wurde.

a) Wegen verſchiedener Mängel kann mehrmals auf Minderung geklagt werden.[18]

b) Die Minderungsklage hat den Erfolg der redhibitoria, wenn die Kaufſache ganz werthlos iſt. Denn der Preis mindert ſich dann auf Null und iſt alſo ganz zurückzugeben, dagegen aber auch die Sache.[19]

c) Die Minderungsklage verjährt in einem Jahre. Die Verjährung beginnt, wie die der a. redhibitoria.[20]

d) Zwiſchen der a. redhibitoria und der quanti minoris hat der Käufer die Wahl.

Die Erhebung der redhibitoriſchen Klage nimmt nicht das Recht, auf Preisminderung ſtatt Redhibition zu klagen. Dagegen kann, wer einmal auf Preisminderung geklagt hat, nicht mehr wegen deſſelben

---

venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est. Simplariae waren Verkäufe, bei denen eine stipulatio duplae wegen Eviktion nicht gefordert werden konnte, und dies waren nach l. 37 § 1 D. de evict. 21, 2 ſolche über geringfügige Objekte. Vgl. Bruns a. a. O. S. 207.

16) Ueber die Berechnung bei der Minderungsklage geben die Quellen keine nähere Beſtimmung, daher gehen die Anſichten ſehr auseinander, vgl. Hellweg im Archiv für civ. Praxis Bd. 59 n. 2, Hanauſek a. a. O. Bd. 1 S. 128. Die einfachſte Weiſe iſt, den Werth der Sache, wie er ſich nach Aufdeckung des Fehlers ſtellt, zu ſchätzen und den Kaufpreis um ſo weit zu mindern, als er dieſen Betrag überſteigt. Mit dieſer Berechnung wird man ſich auch in der Praxis ſtets begnügen, wenn keine andere gefordert wird. Sie trifft zu, wenn die Sache um den Marktpreis gekauft war, was ja der häufigſte Fall iſt. Aber grundſätzlich richtig iſt die ſ. g. abſolute Methode nicht. Hat Jemand z. B. zur Erweiterung ſeiner Wirthſchaft das Nachbarhaus, welches 10,000 werth ſchien, für 20,000 gekauft, weil es der Nachbar ſonſt nicht verkauft hätte und nur durch den beſonders hohen Preis zum Verkaufe bewogen wurde, und findet ſich hinterher Schwamm im Hauſe, wonach es an ſich nur 8000 werth iſt, ſo kann nun der Käufer unmöglich Reduzirung des Kaufpreiſes auf 8000 fordern, wodurch dem Verkäufer für den Mangel, der 2000 betrug, 12,000 abgezogen würden. Vielmehr muß nothwendig der Kaufpreis bei der Abminderung zu Grunde gelegt werden. Er iſt in dem Verhältniß zu mindern, welches dem Werthe der Sache, wie ſie wirklich iſt zu dem, wie ſie beim Verkauf gedacht war, entſpricht. Es wäre alſo als Gleichung anzuſetzen $\frac{8000}{10{,}000} = \frac{X}{20{,}000}$; $X = 16{,}000$.

17) Der Anſpruch auf Preisminderung wird nicht, wie Viele annehmen, dadurch berührt, daß der Käufer die Sache zu dem Betrag des Kaufpreiſes oder höher veräußerte. Dies kann den erworbenen Anſpruch auf Preisminderung nicht aufheben. R.G. Bd. 17 S. 65.

18) l. 31 § 16 D. h. t. 21, 1.

19) l. 43 § 6 D. h. t. 21, 1.

20) l. 19 § 6, l. 38 pr. l. 48 § 2 D. h. t. 21, 1. R.G. Bd. 21 S. 162, oben Anm. 14.

Fehlers auf Aufhebung des Geſchäfts klagen, da er ſich für deſſen Feſthalten durch die Preisminderungsklage entſchieden hat.[21]

3. Die ädiliciſchen Rechtsnormen finden auch bei Genuskäufen Anwendung, wenn Waare der verſprochenen Art geliefert iſt, aber ſich als mangelhaft ergiebt.[22 23]

4. Bezüglich der Diſtanceſendungen bei Handelsgeſchäften beſtimmt das H.G.B. zu Gunſten des Verkäufers:[24]

a) Der Käufer hat die Waare *ohne Verzug* nach der Ablieferung *zu unterſuchen* und, wenn ſie nicht vertragsmäßig oder geſetzmäßig iſt, ſofort eine Anzeige an den Verkäufer *abzuſenden*, widrigenfalls die Waare als genehmigt gilt.

b) Die Geltendmachung der Mängel durch Klage oder Einrede iſt an die Zeit von 6 Monaten von der Ablieferung der Waare an gebunden. Die Einrede erhält ſich jedoch durch *Anzeige* an den Verkäufer innerhalb der Friſt.

Dieſe Beſchränkungen treten im Falle des *Betrugs* des Verkäufers nicht ein.

§ 102. Aufhebung der Kaufgeſchäfte.

1. Aufhebung der Kaufgeſchäfte, d. h. Beſeitigung ihrer Wirkungen kann jederzeit durch die Kontrahenten vereinbart werden.[1]

21) l. 25 § 1 D. de exceptione rei jud. 44, 2 iſt auf das heutige Recht gegenüber der C.P.O. § 293 nicht mehr anwendbar.

22) Die Anwendbarkeit der ädiliciſchen Klagen auf den Genuskauf iſt ſehr beſtritten. Gegen dieſelbe iſt vorzugsweiſe Thöl, Handelsrecht Bd. 1 § 275 Anm. 17, wie auch Windſcheid Bd. 2 § 394 n. 5. Gewiß hat Thöl darin Recht, daß der Titel der Pandekten de aedilicio edicto nur an einen Specieskauf denkt, denn die Römer kannten den Genuskauf nicht. Die Frage iſt aber, ob, nachdem ſich gemeinrechtlich der Genuskauf eingebürgert hat, das ädiliciſche Recht auf ihn anzuwenden iſt. Dagegen wendet man nun ein, es ſei ſtets als ſtillſchweigend vereinbart anzuſehen, daß das zu Liefernde *fehlerlos* geliefert werden müſſe, ſei alſo Fehlerhaftes geliefert, ſo ſei trotz der Annahme des Käufers, vorausgeſetzt, daß ſie nicht in Kenntniß der Fehlerhaftigkeit geſchah, noch nicht erfüllt und der Käufer könne daher anderweite Lieferung und ſein Intereſſe verlangen. Doch dies iſt nur richtig, wenn etwas „Anderes", als vereinbart war, geliefert wurde, wie etwa in dem R.G. Bd. 4 S. 195 entſchiedenen Falle angenommen werden konnte. Iſt dagegen ein dem verſprochenen nach Gattung und Art entſprechendes Objekt geliefert und angenommen, ſo iſt erfüllt, nur mangelhaft erfüllt. Daß jeder Fehler der Waare die Sache zu einer anderen, als verſprochen war, macht, geht zu weit und iſt nicht bewieſen. Vgl. namentlich Goldſchmidt, Zeitſchrift für Handelsrecht Bd. 19 S. 96, Hanauſek Bd. 1 S. 113, R.D.H.G. Bd. 5 S. 399. Nach R.G. Bd. 6 S. 189 hat der Käufer, nachdem ihm die mangelhafte Waare geliefert iſt, die nämlichen Rechte, wie ſie ihm im Falle des Specieskaufes zuſtünden. So auch R.G. Bd. 12 S. 84.

23) Auch bei anderen entgeltlichen Veräußerungsverträgen kann analoge Anwendung eintreten, ſiehe aber unten § 103 Anm. 4.

24) H.G.B. Art. 347, 349 und 350. Siehe oben Bd. 2 § 95 Anm. 2.

1) Nach römiſchem Rechte konnten Konſenſualkontrakte durch Willensübereins-

2. Durch den Kaufschluß kann eine Partei der Art verletzt sein, daß sie vom Geschäft einseitig abstehen und dessen endgültige Rescission durch den Richter fordern kann. Hierzu berechtigen Zwang, Betrug,[2] Mängel der Kaufsache,[3] endlich Verletzung über die Hälfte — laesio enormis.

Durch Verordnung des Kaisers Diokletian erhielt nämlich der Verkäufer, welcher nicht einmal die Hälfte des gemeinen Werthes der Kaufsache erzielt hatte, das Recht auf Rescission des Verkaufs, so daß aber der Käufer das Geschäft bis zur Rechtskraft des rescindirenden Erkenntnisses durch Angebot des vollen gemeinen Werthes der Kaufsache erhalten konnte.[4] Diokletian dachte dabei an Verkäufe aus Noth, welche gegen Schleuderpreise geschehen waren.[5] Seit dem Mittelalter aber setzte man den Grund seines Gesetzes in vermuthetem Dolus des Käufers oder wenigstens Irrthum des Verkäufers.[6] Hieraus schloß man, daß auch dem Käufer, welcher mehr als das Doppelte des Werthes der Kaufsache[7] versprochen hatte, die Vermuthung und Anfechtung zu Gute kommen müsse. Man nahm das Gleiche auch bei anderen gegenseitigen Verträgen an, nach denen Leistungen ausgetauscht werden sollen. Dies wurde gemeine Gewohnheit.

---

stimmung der beiden Parteien — contrarius consensus — nur aufgehoben werden, wenn noch von keiner Seite geleistet oder das bereits Geleistete zurückgegeben war. l. 5 § 1 D. de rescindenda vend. 18, 5, l. 2, l. 3, l. 5 pr. D. eod., l 2 C. quando liceat 4, 45. Dies hing mit der Klaglosigkeit der Verträge zusammen; denn aus dem aufhebenden Vertrage entsprang keine Klage auf Rückforderung des Geleisteten: daher war die Aufhebung des Geschäftes in solcher Weise nicht herzustellen. Für das heutige Recht gilt dies nicht mehr. Wird, nachdem von einer oder von beiden Seiten erfüllt war, die Aufhebung des Geschäftes vereinbart, so entspringt aus dem Vertrage selbstverständlich die Klage auf Rückgabe des Geleisteten. Vgl. Bechmann, Kauf Bd. 2 S. 469 ff.

2) l. 1, l. 5, l. 10 C. de resc. vend. 4, 44.

3) Vgl. § 101.

4) l. 2 C. de resc. vend. 4, 44. Imp. Diocletianus et Maximianus: Rem majoris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente judicis, vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipies. minus autem pretium esse videtur si nec dimidia pars veri pretii soluta sit a. 285, l. 8 C. eod. Vgl. Chambon, Beiträge zum Obligationenrecht 1851 S. 111 ff., Sandstein, laesio enormis. Inauguraldissert. Berlin 1887. — Das klassische römische Recht des Kaufes beruhte auf der Vertragsfreiheit, l. 22 § 3, l. 23 D. locati 19, 2, und unbegründet ist die Ansicht von Chambon, daß Diokletians Verordnung auf Principien des bisherigen Rechtes basire.

5) Hierfür spricht die Motivirung der Verordnung „humanum est". Es stimmt dies aber auch mit der wirthschaftlichen Politik Diokletians, welcher bekanntlich durch ein auf Inschriften erhaltenes Edikt das Maximum der Preise festzustellen suchte.

6) Beiträge zur Dogmengeschichte giebt Chambon a. a. O. S. 117.

7) Streitig ist, ob das Doppelte des „gemeinen Werthes" oder „das Interesse" zu Grunde zu legen ist. Das R.G. Bd. 10 S. 126 läßt die Frage offen.

Wer jedoch behufs einer Spekulation kauft, kann, wenn dieselbe fehlschlägt, sich nicht auf enorme Verletzung berufen.[8] Auch blieb in der Praxis stets zweifelhaft, ob in öffentlicher Versteigerung abgeschlossene Käufe wegen Verletzung über die Hälfte anfechtbar seien. Da sich hierfür eine feste Gewohnheit nicht bildete, so ist dies als unzulässig zu erachten.[9] Verzichte auf die Anfechtung sind rechtsverbindlich, wenn sie nicht in der Nothlage oder veranlaßt durch Dolus oder Irrthum abgegeben sind.[10 11]

3. Der Verzug des Verkäufers in der Lieferung der Waare, sowie des Käufers in deren Abnahme und in Zahlung des Kaufpreises giebt dem andern Theil gemäß der allgemeinen Grundsätze ein Rücktrittsrecht, wenn der Zwang, nachträgliche Erfüllung abzuwarten, erhebliche Nachtheile oder Gefahren für ihn im Gefolge hätte.[12] Bei Handelskäufen aber kann der Verkäufer ohne Weiteres vom Vertrage abgehen, wenn der Käufer mit der Zahlung des Preises in Verzug und die Waare noch nicht übergeben, nicht minder der Käufer, wenn der Verkäufer mit der Uebergabe der Waare in Verzug ist.[13]

Schadensersatz wegen des Verzugs kann daneben beansprucht werden.

§ 103. Tauschverträge.[1]

Einen andern wirthschaftlichen Charakter als der Kauf, d. h. Umsatz von Waaren gegen Geld, hat der Tausch, der Umsatz von Waaren gegen Waare. Denn der Kauf hat einen streng geschäftlichen Charakter; ist er doch das wichtigste und allgemeinste Verkehrsgeschäft; der Tausch ist mehr ein gelegentliches Vorkommen und hat häufig keinen streng geschäftlichen Charakter.[2]

Demzufolge trennte die entwickelte römische Jurisprudenz — im Gegensatz zur älteren Lehre, welche die Sabinianer vertraten — scharf den Tausch vom Kauf. Daher wurde er auch nicht durch bloßen Konsens klagbar, bildete vielmehr einen bloßen Innominatkontrakt. Nur wer

8) R.G. Bd. 10 S. 126.

9) R.G. Bd. 6 S. 152.

10) Meist erkennt man den Verzicht unbedingt als gültig an.

11) Handelsgeschäfte können wegen übermäßiger Verletzung nicht angefochten werden. H.G.B. Art. 286.

12) Vgl. oben § 42 Anm. 10, Regelsberger im Archiv für civ. Praxis Bd. 50 n. 2.

13) H.G.B. Art. 354—359.

1) Tit. Dig. de rerum permutatione 19, 4 Cod. 4, 64. Bernhöft in Bekker und Fischer, Beiträge z. E. e. d. G.B. Heft 12. — Damm de Seydewitz, de permutatione, Inauguraldissertation Hal. 1868.

2) l. 1 § 2 D. h. t. 19, 4. Vgl. oben Bd. 2 §§ 7 u. 8.

seinerseits erfüllt hatte, konnte daher mit einer actio praescriptis verbis auf die eingetauschte Waare klagen. Es stand ihm auch frei, nach Wahl das von ihm Hingegebene mit einer condictio zurückzufordern.

In Folge der allgemeinen Klagbarkeit der Verträge ist dies antiquirt. Man kann unmittelbar aus dem Tauschvertrage auf Erfüllung klagen, so daß aber dem Kläger, wenn er nicht geleistet hat, oder nicht zur Leistung bereit ist, exceptio non adimpleti contractus entgegensteht.

Rückgabe des in Tausch Gegebenen kann demnach nur unter Umständen verlangt werden, unter denen man auch von einem Verkaufe abstehen kann.[3]

Als weitere Folge ist anzusehen, daß mit Abschluß des Tausches jeden Theil die Gefahr der ihm zugesagten Sache trifft, daß ihm aber auch deren Nutzungen gebühren.

Beide Theile haben beim Tausch die Rechte und Pflichten von Verkäufern. Dies gilt namentlich für Eviktion,[4] für Zusagen und Mängel,[5] wie auch wegen Verletzung über die Hälfte.

Bereits die Römer erklärten beim Tauschvertrage jeden Theil dazu verbunden, den anderen zum Eigenthümer der Tauschsache zu machen.[6] Es lag hierin ein Unterschied vom Verkaufe; derzeit gilt das Gleiche auch beim Kaufvertrage.[7]

II. Spiel und Wette.

§ 104. Spiel.[1]

Spiel ist die Vereinbarung von Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten Bedingungen aus Spiellust, d. h. um durch Wagen und Gewinnen die Zeit zu vertreiben.

Das Spiel steht im Gegensatze zu ernsten, dem Leben und der bürgerlichen Gesellschaft nützlichen Beschäftigungen. Es ist unnütz, oft

3) Vgl. oben Bd. 2 § 8 Anm. 5.

4) Vgl. aber auch oben § 100 Anm. 31.

5) l. 2 D. h. t. 19, 4. Da aber beim Tausch ein „Preis" nicht besteht, kann auf „Preisminderung" nicht geklagt werden, sondern nur auf Redhibition und außerdem auf Schadensersatz, wenn dies im Falle eines Verkaufes zulässig gewesen wäre. Bernhöft a. a. O. S. 30.

6) l. 1 pr. D. h. t. 19, 4.

7) Siehe oben Bd. 2 § 99 Anm. 29.

1) Tit. Dig. de aleatoribus 11, 5 Cod. de aleae lusu 3, 43 — durchaus auf Restitution beruhend; Wilda in der Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 8 n. 8; Bruck über Spiel und Wette 1868; Krügelstein über den begrifflichen Unterschied von Spiel und Wette; H. Schuster, das Spiel im deutschen Rechte 1878; Schönhardt Alea: über die Bestrafung des Glücksspieles im älteren römischen Rechte 1885.

ſogar verderblich; denn ungezügelte Spielluſt untergräbt häufig das Wohl einzelner, ja ganzer Geſellſchaftskreiſe.

Daher waren Spielgeſchäfte um Geld oder Geldeswerth in Rom nichtig und wenigſtens bis Juſtinian ſtrafbar.[2] Sie begründeten keine Klage und das auf ſie Gezahlte durfte zurückgefordert werden; erſt in 50 Jahren verjährte dieſe Rückforderung.[3] Gewiſſe Kampfſpiele jedoch galten als erlaubt, ſogar als löblich. Daher waren Klagen aus ihnen zuläſſig, immerhin nur bis zu einem geringen Betrage.

Heutzutage belegt das Strafgeſetzbuch unter gewiſſen Vorausſetzungen das Spielen mit öffentlicher Strafe, namentlich gewerbemäßiges Glücksſpiel.[4] Strafbare Spielgeſchäfte ſind als gegen die guten Sitten verſtoßend nichtig, ſo daß auf ſie Gezahltes zurückgefordert werden kann.

Aber auch nicht ſtrafbare Spiele ſtehen außerhalb der Sphäre des Rechtes. Daher kann der Spielgewinn nicht durch *Klage*, auch nicht durch Kompenſation zwangsweiſe beigebracht werden.[5] *Rückforderung* des Gezahlten iſt jedoch unzuläſſig.[6]

Die Unklagbarkeit macht es nothwendig, das Spiel von anderen mehr oder minder ähnlichen Geſchäften beſtimmt abzugrenzen.

Dem Spiel ſteht beſonders nahe die *Wette*. Viele meinen, dem Spiel ſei weſentlich, daß die *Thätigkeit* der Spieler den Ausgang mit beſtimme; andernfalls liege Wette vor. Dies iſt aber unannehmbar. Denn Glücksſpielen kommt oft ohne Thätigkeit der Spieler vor. Entſcheidend iſt vielmehr die Abſicht des Spielens.[7]

---

2) l. 2 § 1 D. h. t.

3) l. 1 § 2 C. h. t. 8, 43.

4) Strafgeſetzbuch §§ 284 u. 360 Ziff. 14.

5) Windſcheid Bd. 2 § 419 betrachtet nicht bloß als erlaubt, ſondern auch als *klagbar* „Spiele zum Zwecke der geſelligen Unterhaltung innerhalb der Grenzen derſelben". Er ſtützt ſich darauf, daß auch nach römiſchem Rechte gewiſſe Spiele, die übrigens derzeit nicht mehr bekannt ſind, wie erlaubt ſo klagbar waren. Aber die Klagbarkeit dieſer Spiele erklärt ſich daraus, daß ſie als löbliche und zu fördernde galten. Das einzig erlaubte Geſellſchaftsſpiel in Rom — quod in convivio vescendi causa ponitur — forderte „Setzen" und begründete ſchwerlich eine Klage, l. 4 pr. D. h. t. 11, 5. Geſellige Unterhaltung verlangt nicht die Klagbarkeit des Spieles. Dieſelbe widerſpricht auch der hiſtoriſchen Entwickelung ſeit dem Mittelalter. Stobbe, Pr.R. Bd. 3 § 194.

6) Dies nach deutſchem Recht. Daß die Rückforderung im Falle des Betruges nicht ausgeſchloſſen iſt, bedarf kaum der Hervorhebung. Auch eine Angabe an Zahlungsſtatt kann nicht zurückgefordert werden. Aber gegenüber einem *Schuldverſprechen*, welches an die Stelle der Spielſchuld trat, insbeſondere einem Wechſel, ſteht die Einrede, daß der Grund Spiel iſt, offen. Oben § 59.

7) Insbeſondere vertheidigte Thöl — Handelsrecht Bd. 1 § 304 — den Satz: „Ohne Thätigkeit der Spieler kein Spiel." Ihm war es *Spiel*, wenn die Kontrahenten wetteten, welche von zwei Schnecken, die ſie neben einander auf einen Tiſch ſetzten, zuerſt das Ziel erreiche, aber *Wette*, wenn ſie die Schnecken kriechend vor-

Aber freilich muß dieselbe auch objektiv in den Bedingungen und Regeln über Gewinn und Verlust hervortreten. Es kann also nicht genügen, daß die Betheiligten subjektiv der Spiellust fröhnten, um ein Geschäft, das nach seinen Bestimmungen als ein ernstes erscheint, als Spiel in Frage zu stellen. Damit wäre die Sicherheit des Verkehres bedroht. Daher sind z. B. die Zeitkäufe der Börse klagbar. Obgleich sie dem Spiele möglicherweise, ja häufig, dienen, können sie auch eine ernste geschäftliche Bestimmung haben.[8][9]

Ohne Relevanz ist im gemeinen Recht die Kategorie der *aleatorischen* oder *gewagten Geschäfte*. Dahin rechnet man unter anderem Wetten, Hoffnungskäufe,[10] selbst Versicherungsverträge. Ihnen ist mit dem Spiele gemeinsam ein Wagniß, da durchweg Existenz oder Umfang eines Anspruches von ungewissen Eventualitäten abhängig gemacht wird, ohne daß dies auf die Gegenleistung einen Einfluß hat. Aber Spiele sind sie nicht, sofern sie ernste Zwecke verfolgen.

§ 105. Die Wette.

In Rom waren Spiele verboten, aber Wetten — sponsiones im besonderen Sinne — erlaubt und klagbar, und seit Alters sehr häufig. Gemeinrechtlich hat sich die Klagbarkeit der Wetten erhalten.[1]

Auch bei Wetten handelt es sich um Wagen und Gewinnen unter entgegengesetzten Bedingungen. Aber ihr Zweck ist nicht, zu spielen. Wetten geschehen vielmehr im Meinungskampfe *zur Erhärtung des Ernstes der entgegengesetzten Behauptungen der Wettenden*, wie auch zur Herbeiführung einer Entscheidung über dieselben.

Die Klagbarkeit der Wette kann einem berechtigten Bestreben

---

fanden und darüber wetteten, welche zuerst ankomme. So auch Stobbe, Pr.R. Bd. 3 § 193 I. Dagegen Wilda a. a. O. S. 208, Windscheid Bd. 2 § 419 Anm. 3 und R.G. in Strafsachen Bd. 7 S. 21. Das R.G. behandelt hiernach Betheiligung an dem bei Pferderennen eingerichteten s. g. Totalisator, bei welchem Einsätze auf die mitrennenden Pferde gemacht wurden, welche denen verfielen, die auf das siegende Pferd eingesetzt hatten, als verbotenes Glücksspiel.

8) Dagegen sind Spielgeschäfte die „reinen Differenzgeschäfte", bei denen es nur auf Zahlung der Differenz des Kurses eines bestimmten Tages z. B. Ultimo des Monats und des Tages des Geschäftsschlusses abgesehen ist. Aus den Umständen kann sich ergeben, daß was Verkauf *genannt* ist, reines Differenzgeschäft sein sollte.

9) Aus Kreditgeschäften zur Erlangung der Mittel zum Spiel wird dem Kreditirenden, wenn er den Zweck kannte, die Klage versagt l. 2 § 1 D. quarum rerum actio 44, 5. Anderer Ansicht Windscheid Bd. 2 § 420 Anm. 7.

10) l. 8 § 1 D. de cont. empt. 18, 1 oben § 94 Anm. 13.

1) l. 17 § 5 D. de praescriptis verbis 19, 5, Stobbe, Pr.R. Bd. 3 § 193 Anm. 18.

entgegenkommen.[2] Aber was den Namen Wette führt, darf nicht in Wahrheit Spiel sein; sonst ist es nichtig.[3] Nichtig sind auch Wetten um Spiele.[4]

Es ist ferner ein richterliches Moderationsrecht bei übertriebenen Wettsummen festzuhalten.[5] Denn solche arten in Spiel aus, und sind jedenfalls gegen die guten Sitten.[6]

III. Schenkung. Vergleich.

§ 106. Begriff der Schenkung.[1][2]

Liberalitäten, d. h. freigebige Gewährung geldwerther Vortheile liegen in zahlreichen Geschäften z. B. unentgeltlicher Leihe, Ueber-

---

2) In Rom ersetzten die sponsiones zum Theil unsere heutigen „Anerkennungsklagen".

3) Vgl. oben § 104 Anm. 8.

4) l. 3 D. de aleatoribus 11, 5. Das litt bei den löblichen Kampfspielen in Rom eine Ausnahme, welche keineswegs auf heutige „erlaubte" Spiele zu übertragen ist.

5) Wetten à coup sûr, bei welchen der Wettende besondere sichere Quellen für die Richtigkeit seiner Behauptung hat, ohne dies dem Gegner, welcher sie nicht kennt, mitzutheilen, sind betrügerisch und als nichtig zu erachten. Viele Neuere sind zwar anderer Ansicht. Insbesondere nimmt Keller Pand. § 229 Dolus nur an, wenn bei einer nackten Thatsache das Nichtwissen vorgespiegelt wurde. Doch die Klagbarkeit zweideutiger Wetten zu begünstigen, dafür besteht wahrlich kein Grund.

6) So Thöl, Handelsrecht Bd. 1 § 305 S. 102; dagegen Stobbe Bd. 3 § 193 II n. 3 Anm. 24; Windscheid Bd. 2 § 420 Anm. 1.

1) Tit. Inst. de donationibus 2, 7 Dig. 39, 5, Cod. 8, 53. Meyerfeld, d. L. v. d. Schenkungen Bd. 1 1835 u. Bd. 2 Abth. 1 1837; Savigny, System Bd. 4 S. 1—297; Bekker, Pand. Bd. 2 §§ 102 ff. — Beachtenswerth ist auch Reatz, die Schenkung, in den Gutachten aus dem Anwaltstand über den Entw. e. d. G.B., Heft 3 S. 163.

2) Die Stellung der Schenkung im System ist eine unsichere. Die Institutionen Justinians ordnen sie den Erwerbsgründen des Eigenthums zu und stellen sie neben die usucapio; hierin folgten ihnen früher die Systematiker; nicht wenige Neuere bringen sie, wie hier geschieht, in das Obligationenrecht, weil die aus ihr entspringenden Verpflichtungen besonders wichtig sind. Andere endlich, wie namentlich Puchta, Pand. § 58 und Savigny a. a. O. S. 3, reihen sie in den allgemeinen Theil ein, weil sie ein allgemeiner Charakter sei, welchen die verschiedensten Rechtsgeschäfte annehmen können, so daß die Schenkung kein „einzelnes Rechtsgeschäft" bilde. Die Schwierigkeit liegt in der Sache. Die römische wie die heutige Systematik klassificirt die Rechte nach ihrer juristischen Gestalt, also je nachdem es sich um Eigenthum, Servituten, Forderungsrechte u. s. w. handelt. Die Schenkung aber individualisirt sich nicht durch ihre juristische Gestalt, welche in der That die allerverschiedenste sein kann, sondern durch ihren besonderen — wirthschaftlichen — Zweck. Sie charakterisirt sich also durch eine Eigenschaft, welche dem Klassifikationsprincip des Systems fremd ist. Es kreuzen sich verschiedene Eintheilungsgründe. Da wir nur ein Princip dem System zu Grunde legen können, so sind gewisse Abweichungen vom streng systematischen Gange unvermeidlich. Vgl. Burckhard, die Stellung der Schenkung im Rechtssystem 1891 und dort Citirte.

nahme eines Depositums,[3] Vermächtnissen. Besonders ausgezeichnet ist aber die Schenkung — donatio — d. h. die freigebige Zuwendung von Vermögen an den Beschenkten auf Kosten des Schenkers durch Vertrag.

Schenkungen sind keineswegs immer ethisch und wirthschaftlich gerechtfertigt. Zuweilen geschehen sie unvorsichtig unter Impulsen des Augenblicks, nicht selten unter einem moralischen Druck, welcher die Schwäche des Schenkers ausbeutet. Oft folgt ihnen Reue, wenn sie der Beschenkte mit Undankbarkeit vergilt oder wenn sich die Umstände des Schenkers ändern. Vielfach sind ihnen ferner unlautere Zwecke nicht fremd. Deshalb sind Schenkungen rechtlich erschwert.[4]

Zum Begriff der Schenkung gehört:

1. eine Zuwendung zu Gunsten des Beschenkten auf Kosten des Vermögens des Schenkers.[5]

Sie ist möglich durch Uebereignung körperlicher Sachen, Abtretung ihres Besitzes, Bestellung von dinglichen Nutzungsrechten, Uebertragung von Forderungen, durch Verzichte, Schenkungsversprechen.[6]

Auch die Schenkung des ganzen Vermögens, des jetzigen und des künftigen, ist zulässig.[7] Sie begründet keine Universalsuccession, geschieht vielmehr durch Uebermachung aller einzelnen Vermögensbestandtheile. Daher verbinden den Schenker seine Schulden trotz der Schenkung nach wie vor persönlich, und verpflichten den Geschenknehmer den Gläubigern gegenüber nicht, solange er sie letzteren gegenüber nicht über-

---

3) Auch derartige Liberalitäten nennt man im weiteren Sinne Schenkungen. Vgl. Savigny a. a. O. S. 18 und dort citirte Stellen.

4) Savigny a. a. O. S. 1 ff. bezeichnet die Schenkung im engeren Sinne als etwas ganz Positives. Schenkung ist ihm das Rechtsgeschäft, auf welches sich die besonderen gesetzlichen Beschränkungen der Schenkung beziehen. So auch Windscheid § 367 Anm. 5a, Arndts § 80 Anm. 4. Diese Auffassung erachten wir für verfehlt. Schenkungen, welche die Verminderung des Vermögens des Schenkers in sich schließen, haben eine besondere Bedeutung für den Schenker, seine Angehörigen, seine Gläubiger. Sie sind vom wirthschaftlichen und socialen Standpunkte aus ein eigenartiges Geschäft, deswegen unterliegen sie besonderen Regeln.

5) Einen engeren Begriff legt das römische Recht beim Verbot der Schenkungen unter Ehegatten zu Grunde. Vgl. unten § 108 Ziff. 2. l. 5 § 8 D. de don. i. v. et u. 24, 1. Ulpianus libro 32 ad Sabinum ... definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem; ebenda § 16, l. 25 D. eod.

6) Vgl. Meyerfeld a. a. O. Bd. 1 S. 93, Savigny a. a. O. S. 105. Man spricht von Schenken „dando", „promittendo", „liberando". — Ueber Verzicht vgl. oben § 65 a. E.

7) Die Schenkung des ganzen künftigen Vermögens hält Savigny a. a. O. S. 14 für ungültig nach römischem Rechte, weil hierin ein versteckter Erbvertrag liege, aber für gültig nach gemeinem Rechte. Ueber das Letztere ist man einig — R.G. Bd. 18 S. 180 — nicht über das Erstere, vgl. Windscheid Bd. 2 § 368 Anm. 9.

nommen hat. Der Schenker darf aber die zu deren Tilgung erforderlichen Beträge vorweg abziehen und zurückhalten und soweit dies nicht geschah, vom Beschenkten deren Tilgung fordern.[8 9]

Auch unentgeltliche Ueberlassung des Gebrauches einer Sache ist an sich nicht Schenkung, da auch sie keine Verminderung des Vermögens enthält. Dies ist sie aber allerdings, wenn sie die Aufgabe einer regelmäßigen und ordentlichen Einnahmequelle in sich schließt, indem man z. B. für längere Zeit die unentgeltliche Benutzung eines Miethhauses verstattet.[10 11]

2. Die Schenkung muß aus der Absicht der Bezeigung einer Freigebigkeit — dem animus donandi — hervorgehen.[12] Welche weiteren Zwecke sich dahinter verbergen, ob Wohlwollen und Edelmuth, oder Prahlerei oder unsaubere Bestrebungen, z. B. die Gewinnung der Gunst einer einflußreichen oder einer begehrten Person, ist für den Begriff der Schenkung gleichgültig.

Die Schenkungsabsicht beruht auf dem positiven Entschlusse der Freigebigkeit, welcher zu Tage getreten sein muß. Bleibt die Absicht einer Vermögensübertragung im Dunkeln, so ist keine Schenkung zu unterstellen, vielmehr in der Regel eine condictio sine causa, nach Umständen eine actio negotiorum gestorum, begründet.[13]

---

8) l. 28 D. de donat. 39, 5. l. 72 pr. D. de jure dotium 23, 3.

9) Ausschlagung angetragenen Erwerbes, insbesondere einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses in Schenkungsabsicht fällt nicht unter das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten, l. 5 §§ 13 und 14, l. 31 § 7 D. de don. i. v. et u. 24, 1, weil sie den Schenkenden nicht ärmer macht, als er war. Im Uebrigen liegt auch hierin Schenkung, Reatz a. a. O. Anders unsere 1. Aufl.

10) l. 9 pr. D. h. t. 39, 5. Savigny a. a. O. S. 32.

11) Nach l. 23 pr. D. h. t. 39, 5 ist Erlaß oder Minderung künftiger Zinsen keine Schenkung.

12) l. 1 pr. D. h. t. 39, 5. Julianus libro 17 digestorum ... propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. Mit Recht bekämpft Reatz a. a. O. die herrschende Ansicht, daß die Schenkungsabsicht mit der Absicht der Bereicherung des anderen Theiles zu identificiren sei. Man schenkt z. B. wenn man zu Ferienkolonien kranker armer Kinder eine Summe giebt, obgleich diese Gabe Niemanden bereichert. Ueber die causa donandi Lenel im Archiv für civ. Praxis Bd. 74 S. 230. Vgl. auch R.G. Bd. 14 S. 193.

13) In diesem Sinne ist es nicht unrichtig, wenn man den Satz aufstellt: „Schenkungen seien nicht zu vermuthen". Vgl. l. 33, l. 44 D. de neg. gest. 3, 5. Dennoch wird oft nach der besonderen Lage des Falles eine Schenkung dann anzunehmen sein, wenn Jemand leistete ohne verpflichtet zu sein. In diesem Sinne äußert Papinianus libro 10 responsorum l. 29 pr. D. h. t. 39, 5: Donari videtur quod nullo jure cogente conceditur. Windscheid Bd. 2 § 365 Anm. 4 meint, die l. 29 cit. gebe eine „sehr ungenügende Begriffsbestimmung, denn danach wäre z. B. auch das Geben eines Darlehens Schenkung. Aber die Absicht der Definition lag Papinian bei seiner Aeußerung sehr fern.

3. Die Schenkung fordert einen Vertrag zwischen dem Schenker und Beschenkten.[14]

Allerdings kann sich zum Zweck einer Schenkung eine Zuwendung auch ohne Zustimmung des Begünstigten vollziehen, z. B. durch Zahlung einer Schuld an dessen Gläubiger. Aber eine Schenkung erwächst hieraus nur, wenn der Bedachte die Gunst annimmt, was stillschweigend geschehen kann. Lehnt derselbe die Schenkung ab, so schuldet er den entsprechenden Betrag dem Geschenkgeber, welchem dann die condictio sine causa offen steht.

4. Als Unterarten der Schenkungen pflegt man hervorzuheben:

a) Die remuneratorischen oder belohnenden, wegen der Verdienste des Beschenkten um den Geber oder auch um Dritte oder das Allgemeine.[15] Solche Schenkungen unterscheiden sich aber in der Regel von anderen nicht.

b) Eine eigene Art bilden nur die Schenkungen von Todeswegen — mortis causa — unter der Bedingung, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Sie nähern sich den Vermächtnissen und unterliegen in vielen Stücken ihrer Theorie.[16]

§ 107. Die Verbindlichkeiten aus der Schenkung.

1. Schenkungen werden häufig statt durch unmittelbare Uebereignung durch Schenkungsversprechen vorgenommen.

Sie forderten nach vorjustinianischem Rechte die Stipulationsform, Justinian erklärte aber bloßen Vertrag für hinreichend,[1] unvorgreiflich der besonderen Vorschriften über größere Schenkungen.

---

14) l. 19 § 2 D. h. t. 39, 5. Ulpianus libro 76 ad edictum: Non potest liberalitas nolenti adquiri. Siehe ferner die oben Bd. 1 § 213 Anm. 9 abgedruckte l. 18 D. de rebus creditis 12, 1, vgl. auch Cicero, Topica cap. 8: „neque donationem sine acceptatione intelligi posse". Es kann übrigens zugestanden werden, daß die römische Jurisprudenz bezüglich dieses Erfordernisses zu einem einhellig angenommenen Dogma nicht gelangte. Pernice, Zeitschrift d. Savignystiftung rom. Abth. Bd. 9 S. 215, Bekker Bd. 2 S. 182.

15) Harburger, die remuneratorische Schenkung 1875. Dort findet sich ein dogmengeschichtlicher Ueberblick. G. Blume, rem. Schenkung, Freiburger Inauguraldissertation 1890. Ueber diese Schenkungen siehe Näheres unten § 108 am Ende.

16) Zuweilen bezeichnet man als eine besondere „Art" auch die Schenkungen unter einem Modus. Dies ist ebenso ungerechtfertigt, wie wenn man die bedingte oder betagte Schenkung zu einer eigenen Art machen wollte. Eine besondere Art von Schenkungen sind die „üblichen", z. B. zu Neujahr an Dienstboten und an Dritte, ferner an Verwandte. Sie verdienen eine besondere rechtliche Behandlung. Doch tritt dies im römischen Rechte nicht hervor.

1) l. 35 § 5 b ff. C. h. t. 8, 53, § 2 I. h. t. 2, 7.

Die Erfüllung des Schenkungsversprechens ist Zahlung der aus ihm erwachsenen Schuld, keineswegs selbst Schenkung.

Die Verpflichtungen aus dem Schenkungsversprechen werden besonders milde behandelt:

a) der Schenker schuldet keine Verzugszinsen;[2]

b) es kommt ihm das beneficium competentiae zu Gute, und zwar der Art, daß seine übrigen Schulden vorabgezogen werden und ihm danach die Subsistenz gelassen wird.[3]

2. Die Schenkung verpflichtet den Schenker, dem Beschenkten für dolus und culpa lata einzustehen. Er ist ihm insbesondere schadensersatzpflichtig, wenn er dolos oder grobfahrlässig eine fremde oder fehlerhafte Sache verschenkte, falls der Beschenkte auf sie Aufwendungen machte, Auflagen ihretwegen erfüllte, Prozeßkosten wegen Eviktion auszulegen hatte oder wenn der Fehler Sachen des Beschenkten verdarb.

Der Schenker, welchem solche Verschuldung nicht zur Last liegt, haftet für Eviktion, sowie für Mängel nicht, mag er die Sache unmittelbar geschenkt oder zur Erfüllung eines Schenkungsversprechens geleistet haben.[4][5]

---

2) l. 22 D. h. t. 39, 5. Windscheid Bd. 2 § 366 Anm. 4. Prozeßzinsen sind keine Verzugszinsen. Daher hat sie auch der Schenker zu leisten. Die Ausschließung der Verzugszinsen nach römischem Rechte hing historisch damit zusammen, daß die Klage aus der Schenkungsstipulation stricti juris war. Allein dies war nicht der einzige Grund derselben. Sie beruht auf Billigkeit und greift daher auch heutzutage ein, obgleich die Klage aus dem Schenkungsversprechen eine strikte Natur nicht mehr hat.

3) Vgl. oben Bd. 2 § 57.

4) Ueber die Eviktion der Schenkungen vgl. namentlich Thibaut, die Verpflichtung des Schenkers zur Eviktionsleistung in seinen civ. Abhandlungen Bd. 6 n. 4, Bekker in seinem und Muthers Jahrbuch Bd. 6 S. 245.

5) l. 18 § 3 D. h. t. 39, 5. Ulpianus libro 71 ad edictum: Labeo ait, si quis mihi rem alienam donaverit inque eam sumptus magnos fecero et sic mihi evincatur, nullam mihi actionem contra donatorem competere: plane de dolo posse me adversus eum habere actionem, si dolo fecit. l. 2 C. de evictionibus 8, 44 Paulus sent. V 11 § 5. Ob die Nichthaftung des Schenkers wegen Eviktion allgemein gelte, ist freilich sehr bestritten. Viele Neuere vertheidigen die Verpflichtung des Schenkers bei generischen Schenkungsversprechen. Und zwar behauptet Vangerow Bd. 3 § 610 Anm. 2, daß hierbei die evincirte Leistung als nicht geschehen anzusehen sei, so daß der Schenker ein anderes Individuum der versprochenen Gattung schulde, Windscheid aber vertheidigt Bd. 2 § 366 Anm. 8 sogar eine Verpflichtung des Schenkers nach Wahl des Beschenkten entweder zur Leistung einer anderen Sache oder zur Vergütung des Interesses des Beschenkten am Behalten des Empfangenen. Die Quellen wissen aber von einer derartigen Haftung nichts; denn die Beziehung der l. 46 D. de leg. I auf die Schenkung ist trotz Vangerow a. a. O. unerweisbar. Und innere Gründe sind für dieselbe auch nicht vorhanden. Die Gegner schließen formal aus dem Charakter der generischen Obligation, ohne die Eigenthümlichkeit der Schenkung zu beachten. Wer aber z. B. ein Reitpferd schenkungsweise verspricht, ein solches Pferd bona fide kauft und

§ 108. Die Beschränkungen der Schenkungen.

Die Normen, welche die Schenkungen einschränken, betreffen theils die Form des Abschlusses, theils das materielle Recht, indem sie gewisse Schenkungen verbieten oder anfechtbar oder widerrufbar machen.

1. Schenkungen über 500 Solidi bedürfen der gerichtlichen Insinuation,[1] theils um dem Schenker Raum zur Ueberlegung zu geben, theils um einen öffentlichen Beweis für den Fall später entstehender Streitigkeiten zu sichern.[2 3]

In der Receptionszeit setzte man an die Stelle des Solidus den Reichsdukaten, dessen Werth auf 4 Gulden des 18-Guldenfußes tarifirt wurde. Hiernach betragen 500 Solidi in heutiger Münze 4666 Mark und 67 Pfennige.[4]

---

dem Beschenkten überliefert, wird hart durch Verurtheilung zur Lieferung eines anderen Pferdes oder Interessevergütung betroffen, wenn jenes Pferd unglücklicherweise einem Dritten gehörte, welcher es evincirt. Er wird sich darauf berufen, daß Geschenkgeber nur für dolus und culpa lata haften, daß sie präsumtiv auch nicht beabsichtigen, sich in schwererer Weise zu belasten. Er wird seine Verurtheilung vollends unbegreiflich finden, wenn er hört, daß er zu absolviren wäre, wenn er das Pferd zuerst gekauft und dann geschenkt hätte! Gegen die herrschende Ansicht ist auch Bekker a. a. O. S. 245; seinen eigenen Unterscheidungen ist aber nicht beizutreten.

1) Marezoll in Löhrs Magazin Bd. 4 S. 175 und in Lindes Zeitschrift Bd. 1 n. 1 1882; J. Bremer, z. L. v. d. Insinuation der Schenkungen in Iherings Jahrbüchern Bd. 13 n. 8; Herbert Pernice, z. L. v. d. Insinuation der Schenkungen, Greifswald 1882, Inauguraldissertation.

2) Im älteren Rechte waren größere Schenkungen an nicht besonders gesetzlich ausgenommene Personen durch die lex Cincia — aus dem Jahre 550 der Stadt — verboten. Zwar waren sie nicht nichtig, aber anfechtbar, bis sie sowohl rechtlich als thatsächlich vollständig vollzogen waren. Es war daher insbesondere bei verschenkten res mancipii außer der mancipatio Besitzübertragung nothwendig und, wenn es sich um Mobilien handelte, auch, daß der Beschenkte im interdictum utrubi überlegen war, also majore parte anni besessen hatte. Vgl. fragm. Vat. §§ 248 ff.; Rudorff, röm. Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 53 und dort Citirte; Pollak, Schenkungswiderruf 1886 S. 17. Diese Vorschriften veralteten in der christlichen Kaiserzeit. Inzwischen war die gerichtliche Insinuation für Schenkungen in Gebrauch gekommen, die zuerst Konstantius Chlorus in seinen Gebieten zur nothwendigen Form machte. Justinian befreite von dieser Form zuvörderst Schenkungen bis zu 300 Solidi, l. 34 pr. C. h. t. 8, 53, dann solche bis zu 500 Solidi, l. 36 § 3 C. h. t. Die Richtung der Gesetzgebung Justinians ging auf Erleichterung der Schenkungen, zum großen Theile deswegen, weil man fromme Gaben damals sehr begünstigte.

3) Zugefügte Auflagen sind nach ihrem Schätzungswerth vor der Schenkung abzuziehen R.G. Bd. 18 S. 180. — Mehrere zu verschiedenen Zeiten an dieselbe Person gemachte Schenkungen werden nicht zusammengerechnet, l. 34 § 3 C. h. t. 8, 53. Ob die Theilung „in fraudem legis", also zur Umgehung der Insinuation geschah, kommt nicht in Betracht; Pernice a. a. O. S. 38. Der Werth ist nach dem Augenblick der Vornahme der Schenkung zu bemessen.

4) Savigny Bd. 4 S. 210 nahm den Solidus gleich 4 Gulden des 20-Guldenfußes, wonach die größere Schenkung mit 4200 Mark beginnen würde. Dem schloß sich die Praxis vielfach an, weil hiermit eine runde Summe gegeben war. Aber

Die Insinuation geschah nach römischer Weise dadurch, daß die vom Schenker beim Gerichte mündlich abgegebene Erklärung in die Gerichtsbücher — acta — wörtlich eingetragen wurde.[5] Derzeit vollzieht sie sich entweder durch eine mündliche Erklärung bei Gericht, über welche ein Protokoll aufgenommen wird, oder durch eine dem Gerichte übergebene Schenkungsurkunde, zu deren Inhalt sich der Schenker bei Gericht bekennt, worüber ein Protokoll errichtet wird.[6] Die Mitwirkung des Beschenkten bei Gericht ist nicht nöthig, die Annahme der Schenkung durch ihn kann formlos und außergerichtlich geschehen.

Die *nicht insinuirte Schenkung ist nichtig, soweit sie die 500 Dukaten überschreitet*, gültig bis zu diesem Betrage.[7] Nicht insinuirte Schenkungen von Sachen höheren Werthes begründen daher Miteigenthum; doch kann der Eigenthümer des größeren Theils gegen Entschädigung Eigenthum des Ganzen beanspruchen.[8] Die Nichtigkeit ist von Amtswegen zu beachten.

Rentenschenkungen bedürfen der Insinuation nicht, wenn die einzelne Rate unter 500 Dukaten ist und wenn sie sich auf die Zeit des Lebens *entweder des Gebers oder des Beschenkten* beschränken. Länger bewilligte Rentenschenkungen, auf unbestimmte Zeit hinaus, sind zu insinuiren, sonst ganz nichtig. Bei Rentenschenkungen auf bestimmte Zeit sind die Beträge zusammenzurechnen, so daß sich hiernach bemißt, ob Insinuation erforderlich ist.[9][10]

Francke Archiv für civ. Praxis Bd. 47 n. 18 brachte historisch richtig, praktisch bedauernswerth der sich bildenden Gewohnheit gegenüber, den 18-Guldenfuß wieder zu Ehren. Hiernach entschied das R.G. Bd. 1 S. 313, Bd. 8 S. 145, Bd. 18 S. 180, vgl. Bähr, Praxis des R.G. XX. — Der Werth des Solidus war höher als beide Ansätze, vgl. Savigny, Zeitschrift für Rechtsw. Bd. 6 S. 391; Pindter und Friedländer ebenda Bd. 12 S. 9.

5) l. 25 § 1 C. h. t. 8, 53.

6) Ueber die heutige Form der Insinuation vgl. R.G. Bd. 5 S. 130, Bd. 6 S. 181.

7) l. 34 C. h. t. 8, 53.

8) Ueber das Nähere vgl. l. 34 § 2 C. h. t. 8, 53. — Die Zuwendung des Geschenkten kann durch Geschäfte — insbesondere mit Dritten — vermittelt sein, die trotz des Mangels der Insinuation rechtsbeständig sind. Dann besteht wegen Mangels der Insinuation nur eine condictio sine causa des Schenkers gegen den Beschenkten auf Herausgabe der Bereicherung zur Zeit der Klaganstellung. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 367 Anm. 7. Dieselbe Klage hat der Schenker auch dann, wenn er die ursprünglich zulässige Vindikation nicht erheben kann.

9) l. 34 § 4a C. h. t. 8, 53. Nachdem Justinian bestimmt hat, daß die Schenkung einer Rente „intra vitam personarum vel dantis vel accipientis" der Insinuation nicht bedürfe, sofern die einzelne Rate das gesetzliche Maximum nicht überschreite, fährt er fort: „sin autem etiam heredum ex utraque parte fuerit mentio vel adiciatur tempus vitae vel donatoris vel qui donationem accipiet", sei Insinuation nothwendig. Mit Recht betrachtet Briegleb im Archiv für civ. Praxis Bd. 38 n. 6

2. Schenkungen unter Lebenden an den Ehegatten, welche den Schenker ärmer, den Beschenkten reicher machen, sind nichtig. Sie konvalesciren aber, wenn der Schenker in der Ehe vor dem Beschenkten stirbt.

3. Der Schenker hat das Recht des Widerrufes:[11] [12]

a) in gewissen gesetzlich bestimmten Fällen groben Undankes des Beschenkten.[13] Der Widerruf ist ein höchst persönliches Recht des Schenkers; er muß dem Beschenkten gegenüber erfolgen. Aus ihm entspringt eine Revokationsklage gegen den Beschenkten und dessen Erben auf die Bereicherung aus der Schenkung zur Zeit der Klageerhebung.[14]

b) Nach der Praxis hat, wer zur Zeit einer Schenkung kinderlos war, wenn ihm nachher eheliche Kinder geboren werden, das Recht zum Widerruf. Auch dies Recht ist ein höchstpersönliches und dem Widerruf wegen Undankbarkeit analog zu behandeln.[15]

„vitae" als Dativ, abhängig von adiciatur, nicht als Genitiv, regiert von tempus. Die Insinuation ist, das ist die Meinung, nothwendig, wenn entweder die Rente ausdrücklich auf die Erben beider Betheiligten oder wenigstens auf die Erben eines Betheiligten und über das Leben des andern hinaus erstreckt wird. Wenn Windscheid Bd. 2 § 367 Anm. 6 einwendet, daß hiernach die Rente auch bei einer sehr kurzen Erstreckung über das Leben des Betheiligten hinaus insinuationspflichtig werde, so ist dies irrelevant. Denn es handelt sich um positive Bestimmungen, bei welchen derartiges keineswegs auffallend ist. Es bedarf hiernach keiner Textesveränderung, z. B. der Einschiebung eines „non", die Cujacius auf Grund der Basiliken vorschlug. Verfehlt ist auch die Erklärung von Zoll in Iherings Jahrb. Bd. 14 n. 8 und Pernice a. a. O. S. 59. Ihre Voraussetzung, daß die Worte „vel dantis vel accipientis" heißen sollen „et" dantis „et" accipientis ist nach unserer Ansicht unmöglich.

10) Von der Nothwendigkeit der Insinuation sind ausgenommen: a) Schenkungen durch oder an den Regenten, b) zum Wiederaufbau von Gebäuden, c) zum Loskauf von Gefangenen, d) an eine Frau durch Bestellung einer Dos zu ihren Gunsten.

11) Pollack, der Schenkungswiderruf 1886. Siehe auch Bothmer, die rechtliche Konstruktion des Widerrufs im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 335.

12) Nach klassischem Rechte hatte der Patron das Recht willkürlichen Widerrufes von Schenkungen an seine Freigelassenen, fragm. Vat. § 272. Später wurde dies Recht auf Fälle der Undankbarkeit des Freigelassenen beschränkt, l. 1 C. de revocandis donationibus 8, 55, und außerdem wegen nachträglicher Geburt von Kindern des Patrons zugelassen, l. 8 C. eod. Justinian erhob in der l. 10 C. eod. den Widerruf wegen Undankbarkeit zu einer allgemeinen Rechtsregel.

13) Die Fälle sind folgende: a) grobe wörtliche Beleidigungen, b) Thätlichkeiten gegen den Schenker, c) bedeutende Vermögensschädigung, d) Lebensgefährdung des Schenkers, endlich e) Nichterfüllung der bei der Schenkung aufgelegten Verbindlichkeiten. Selbstverständlich ist durchweg Dolus erfordert, damit „Undankbarkeit" vorliegt. Besondere Bestimmungen gelten für die Mutter, welche zur zweiten Ehe schreitet, bezüglich der Revokation von Schenkungen an Kinder erster Ehe, l. 7 C. h. t. 8, 55, nov. 22 cap. 35.

14) Die Widerrufserklärung muß vom Schenker persönlich ausgehen, sie kann außergerichtlich sein. Sie begründet die Klage auf Rückgabe — condictio causa finita — die aktiv und passiv vererblich ist. Pollack a. a. O. S. 50.

15) Nach justinianischem Rechte war der Patron befugt, wegen nachgeborener Kinder die Schenkungen an seine Freigelassenen zu widerrufen, wenn er zur

4. Schenkungen sind anfechtbar:

a) seitens der durch die Schenkung benachtheiligten Gläubiger des Schenkers nach der Bestimmung der Anfechtungsgesetze;

b) durch verkürzte Pflichttheilserben.

Alle diese Bestimmungen sind auch auf die remuneratorischen Schenkungen anzuwenden;[16 17] denn auch sie sind Schenkungen.

Eine Ausnahme gilt jedoch für Schenkungen zum Danke für die Rettung des Schenkers aus Lebensgefahr.[18]

§ 109. Der Vergleich.[1]

Vergleich — transactio — ist der Vertrag, welcher bezweckt, die Ungewißheit eines Rechtes oder die Unsicher-

Zeit ihrer Vornahme keine Kinder hatte l. 8 C de revoc. don. 8, 55. Es war dies Reminiscenz des früheren unbeschränkten Widerrufsrechts des Patrons, fragm. Vat. § 272. Hieraus läßt sich zwar richtiger Ansicht nach ein allgemeines Widerrufsrecht wegen nachgeborener Kinder nicht herleiten; gleichwohl geschah dies in freier Weise Jahrhunderte lang, siehe die bei Pollack a. a. O. S. 67 Citirten und es hat sich hieraus ein Gewohnheitsrecht gebildet, welches human und zweckmäßig ist. Dies haben wir festzuhalten, wenn es auch von neueren Romanisten, insbesondere von Windscheid Bd. 2 § 367 Anm. 22 verworfen wird. — Auf unbedeutende Geschenke ist das Recht zum Widerruf nicht zu beziehen. Es ist auch nicht anzunehmen, daß die Geburt der Kinder die vorher vorgenommene Schenkung von Rechtswegen aufhebt, wie die bei Pollack a. a. O. S. 67 Citirten unterstellten.

16) Vgl. R.G. Bd. 4 S. 121.

17) Was belohnende Schenkung genannt wird, ist zuweilen in Wahrheit „Lohn", nicht Schenkung, dann sind natürlich die Beschränkungen der Schenkungen nicht anwendbar. Einen derartigen Fall behandelte Papinianus libro 29 quaestionum l. 27 D. h. t. 39, 5. Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: „quoniam et cum patre meo semper fuisti et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo oenaculo eoque uti". defuncto Regulo controversiam habitationis patiebatur Nicostratus et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum ideoque non videri donationem sequentis temporis irritam esse." Die Entscheidung Papinians setzt voraus, daß ein Rechtssatz bestand, wonach Schenkungen von Wohnrechten nur auf Lebenszeit des Schenkers als gewährt galten. Dies ergiebt auch l. 32 D. h. t. 39, 5, vgl. Harburger a. a. O. S. 6. Unter dieser Voraussetzung wurde die Frage wichtig, ob in Wahrheit Schenkung oder Honorirung vorliege, Papinian erklärt sich für das letztere, — mit Recht, siehe l. 1 pr. D. de extraord. congn. 50, 13, Harburger a. a. O. S. 15. Hiernach kann diese Entscheidung nichts für die Exemtion der remuneratorischen Schenkungen von den Regeln der Schenkungen beweisen, weil eben eine wahre Schenkung nicht vorlag. Vgl. übrigens Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 368 Anm. 11.

18) l. 34 § 1 D. h. t. 39, 5 aus Paulus sent. V 11 § 6. Die donatio wird für „irrevocabilis" erklärt. Dies hieß im Sinne von Paulus: sie unterliegt den Beschränkungen der lex Cincia nicht; im Sinne Justinians ist es aber von einer Befreiung von der Vorschrift der gerichtlichen Insinuation zu verstehen, welche sich an Stelle der lex Cincia eingebürgert hatte. Auch Widerruf wegen Undankbarkeit und nachträglicher Geburt von Kindern ist, wie der Wortlaut ergiebt, ausgeschlossen.

1) Tit. Dig. S. de transactionibus 2, 15, Cod. 2, 4. Risch, d. L. v. Vergleich 1855. Sturm, die L. v. Vergleich 1889; Bekker Bd. 2 § 110.

heit seiner Erfüllung mittels gegenseitiger Konzessionen zu beseitigen.[2]

1. Der Vergleich charakterisirt sich wie die Schenkung vorzugsweise durch seinen Zweck. Die Geschäfte, mittels deren er vollzogen wird, sind, wie dies auch bei der Schenkung der Fall ist, verschiedener Art.[3] Er geschieht namentlich durch Anerkennung oder sofortige Erfüllung eines bestrittenen Rechtes zu einem Theile gegen Verzicht auf weitergehende Prätentionen;[4] nicht minder durch Verzicht auf einen Anspruch gegen eine Abfindung in Geld oder Geldeswerth.[5] Wegen Eviktion sowie wegen der Mängel zur Abfindung gegebener Objekte haftet der Abfindende wie ein Verkäufer.[6]

2. Vergleichen kann man sich über Rechte jeder Art, so weit sie der Verfügung der Vergleichschließenden unterstehen.

In Rom waren Vergleiche durch bloßen Vertrag — pacta — gegen rechtskräftige Urtheile kraftlos. Um diesen gegenüber Vergleiche zu ermöglichen, bedurfte es einer förmlichen Aufhebung der Urtheilsschuld durch Acceptilation. Heutzutage aber ist der formlose Vergleich im Stande, rechtskräftige Erkenntnisse zu beseitigen.[7]

---

2) l. 1 D. h. t. 2, 15. Ulpianus libro 50 ad edictum: Qui transigit quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. Die Römer brauchen das Wort transactio übrigens häufig in einem viel weiteren Sinne und verstehen darunter Verträge jeder Art zur endgültigen Feststellung eines Rechtsverhältnisses. Dies z. B. in der l. 8 § 6 D. h. t. 2, 15; vgl. Buhl, Anerkennungsvertrag S. 79. — Ueber die von Buhl vorgeschlagenen Begriffsbestimmungen siehe Windscheid Bd. 2 § 413 Anm. 6a.

3) Deshalb ist auch die Stellung des Vergleiches im System eine unsichere, nicht minder wie dies bei der Schenkung der Fall ist. Siehe Risch a. a. O. S. 12.

4) Inhalt eines Vergleiches über einen bestrittenen Anspruch kann auch sein, daß die Parteien einen Theil desselben durch Vereinbarung zu einem unbestrittenen und sofort selbständig zahlbaren machen, während sie wegen des Restes richterliche Entscheidung vorbehalten. R.O.H.G. Bd. 8 S. 143. Die Konzession des Gläubigers liegt hier in der Verstattung theilweiser Zahlung auf seine, wenigstens nach seiner Behauptung größere Forderung.

5) l. 6 C. h. t. 2, 4, l. 33 C. eod. Wegen der Zusage der Abfindung bestand, sofern sie nicht durch Stipulation geschah, nach römischen Rechte nur eine actio praescriptis verbis seitens dessen, welcher seinerseits den Vergleich erfüllt hatte. Vgl. Buhl a. a. O. S. 112. Nach heutigem Rechte entspringen selbstverständlich aus dem Vergleiche unmittelbar Klagen auf Erfüllung.

6) l. 33 C. h. t. 2, 4. Eine Anfechtung des Vergleiches kann auf die Eviktion der Abfindung nicht gegründet werden. — Wird der Vergleich durch Verzicht auf ein vom anderen Theile beanspruchtes Objekt geschlossen, so liegt dem Verzichtenden Gewähr für Mängel dieses Objektes oder wegen etwaiger Rechte Dritter auch dann nicht ob, wenn er hierfür eine Abfindung erhielt. Vgl. Bekker in seinen und Muthers Jahrbüchern Bd. 6 S. 238.

7) Meist lehrt man: „ohne Ungewißheit kein Vergleich", daraus folge „Ungültigkeit des Vergleiches gegen ein unstreitiges Urtheil". Arndts § 269. Aber das Urtheil war den Parteien entweder bekannt, dann muß ihnen etwas zweifelhaft gewesen sein, wenn sie sich vergleichen, wäre es auch nur die Erfüllung, oder es war ihnen

Ueber den Inhalt von Urkunden, insbesondere von Testamenten, kann man sich in der Regel zweckmäßigerweise nur nach ihrer Kenntnißnahme vergleichen. Ein rechtliches Verbot von Vergleichen vor deren Einsicht existirt aber nicht.[8]

Vergleiche über künftige Alimente bedürfen gerichtlicher Bestätigung.[9]

3. Vergleiche sind richterlichen Urtheilen ähnlich, da sie wie diese einen Streit beenden sollen.[10] Nach der C.P.O. sind sogar vor einem deutschen Gerichte über eine anhängige Streitsache abgeschlossene Vergleiche wie Urtheile vollstreckbar.[11]

---

unbekannt, dann war die subjektive Ungewißheit vorhanden, auf die es beim Vergleiche allein ankommen kann. Windscheid Bd. 2 § 414 führt aus: der Vergleich bezwecke Entscheidung eines Streites, darin liege, daß er „unter der Voraussetzung nicht erfolgter rechtskräftiger Entscheidung abgeschlossen werde", ja er erstreckt diese Voraussetzung selbst darauf, daß die Sache noch nicht durch früheren Vergleich, Eid oder Schiedsspruch entschieden sei. Dies ist sehr willkürlich; denn wenn die Parteien von dem früheren Urtheil oder Vergleich nichts wissen, so setzen sie mit Rücksicht hierauf sicher nichts ins Blaue hinein voraus. Es handelt sich vielmehr nur um etwas Historisches. Ein formloser Vergleich — pactum transactionis — war der res judicata gegenüber kraftlos: const. 4 Cod. Gregoriani l. 11 „de re judicata pacisci nemo potest" Paulus sent. 1 1 § 5, const. 8 Cod. Hermogeniani Tit. IV. Wenn sich l. 7 pr., l. 11 D. h. t. 2, 15 und l. 23 § 1 D. de cond. indeb. 12, 6 allgemeiner ausdrücken, so werden zu weit gehende Schlüsse abgeschnitten durch die l. 32 C. de transact. 2, 4, Diocletianus et Maximianus: Si causa cognita prolata sententia, sicut jure traditum est, appellationis vel in integrum restitutionis solemnitate suspensa non est, super judicato frustra transigi non est opinionis incertae. proinde si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsecuta competentem tibi actionem peremisti, praeses provinciae usitato more legum pridem judicatis effectum adhibere curabit. Vergleiche gegenüber einem Urtheil waren hiernach gültig, wenn dasselbe durch Acceptilation nach vorgängiger Novation beseitigt war. — Ganz anders interpretirt freilich Bangerow Bd. 3 § 668. Nach ihm wäre zwar die Obligation aus dem Urtheil „durch die unvorsichtig angewendete stipulatio Aquiliana und Acceptilation" aufgehoben, der Transigent habe damit seine actio judicati eingebüßt, aber der Vergleich sei gleichwohl nichtig gewesen, die Gegenleistung also nichtig versprochen. Das sind aber exorbitante, durch nichts gerechtfertigte Behauptungen. Da nun der heutige Erlaßvertrag die Kraft der römischen Acceptilation hat, so können derzeit Vergleiche auch gegenüber rechtskräftigen Urtheilen geschlossen werden. Dies war die Ansicht älterer Praktiker. So auch Bekker Bd. 2 S. 266. Vgl. übrigens über das römische Recht Rudorff, Zeitschrift f. Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 934.

8) Gajus libro 17 ad edictum provinciale l. 6 D. h. t. 2, 15 — vgl. l. 1 § 1 D. test. quemadmodum aper. 29, 3 — sprach nur von der thatsächlichen Unmöglichkeit, sich über ein noch nicht eingesehenes Testament zu vergleichen; Manche freilich — z. B. Brinz Bd. 1 S. 384 — finden, die Kompilatoren hätten dadurch, daß sie die Aeußerung von Gajus aus ihrem Zusammenhange rissen, eine rechtliche Unmöglichkeit geschaffen. Doch derartige Vergleiche werden nicht leicht vorkommen, und wenn sie vorkommen, ihre besonderen Gründe haben. Wozu also das Verbot? Es ist nicht zu unterstellen. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 414 Anm. 12.

9) Oben Bd. 2 § 31 Anm. 4.

10) l. 20 C. h. t. 2, 4 „non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse".

11) C.P.O. § 702 Ziff. 1.

Der Vergleich steht Bürgen und anderen Accessionen nur entgegen, falls sie ihn mitvollzogen oder nachträglich genehmigt haben. Andererseits kommt er ihnen zu Gute, wenn sie sich auf denselben berufen. Damit erkennen sie ihn aber auch gegen sich an.

4. Nach der Art der Menschen erhebt sich über Vergleiche und ihre Tragweite nicht selten neuer Streit, da sie sich übereilt, übervortheilt glauben.

Vergleiche sind natürlich wegen Zwanges, Betruges und wesentlichen Irrthums nach allgemeinen Grundsätzen anfechtbar.

Dagegen begründet es keine Anfechtung, wenn das Sachverhältniß, worüber man sich verglichen hat, hinterher durch neu aufgefundene Urkunden klar gestellt wird, sie seien denn vom Gegner betrügerisch hintangehalten worden.[12]

Vergleiche erledigen aber nur die Streitpunkte, über welche man sich vergleichen wollte. Worin dieselben bestanden, ergiebt sich nicht bloß aus dem Tenor des Vergleiches, sondern auch aus dem Komplex der Thatsachen, welche den Ansprüchen, die man geltend machte, zu Grunde lagen.[13][14]

---

12) l. 19 C. h. t. 2, 4.

13) l. 12 D. h. t. 2, 15. Celsus libro 3 Digestorum: Non est ferendus, qui generaliter in his, quae testamento ei relicta sunt, transegerit, si postea causetur de eo solo se cogitasse, quod prima parte testamenti et non etiam quod posteriore legatum sit. si tamen postea codicilli proferuntur, non improbe mihi dicturus videtur de eo dumtaxat se cogitasse, quod illarum tabularum, quas tunc noverat, scriptura contineretur, vgl. l. 36 D. fam. erc. 10, 2 und l. 42 C. h. t. 2, 4. Windscheid stellt als Princip auf: Voraussetzung eines Vergleiches über einen bestrittenen Anspruch ist, daß die bei dem Vergleich als wahr angenommenen Thatsachen, deren Nichtwahrheit den Streit ausschließen würde, wahr seinen, sowie daß nicht andere Thatsachen wahr seien, deren Wahrheit den Streit ausschließen würde." Aber die Parteien schließen Vergleiche nicht unter zahlreichen unausgesprochenen Voraussetzungen, wie solche Windscheid a. a. O. unterstellt. Sie wollen dem Streite ein Ende machen und eine feste Grundlage schaffen, keineswegs aber auf einen unterhöhlten Boden treten. Vgl. Brinz 1 S. 883. Nur auf die Frage kann es ankommen, wie auch Celsus ausführt: worüber wollten sich die Betheiligten vergleichen und was lag ihrem Horizonte beim Vergleichsschlusse fern? Vgl. Regelsberger im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 S. 160, mein Preuß. Pr.Recht Bd. 1 § 82 Anm. 13. Herold in Grünhuts Zeitschrift Bd. 16 S. 694.

14) Man vereinbarte in Rom nicht selten, daß Streitigkeiten durch den außergerichtlichen Eid einer Partei entschieden werden sollten — s. g. Schiedseidvertrag — l. 5 §§ 4 ff., l. 17 pr. D. h. t. de jurejurando 12, 2. Solche Vereinbarungen sind derzeit ungewöhnlich und haben keine Kraft mehr. Sie würden unzulässigerweise den Theil, welchem der Eid anvertraut wird, zum Richter in eigener Sache machen; Strafen, wie sie in Rom den wissentlich falsch Schwörenden trafen — l. 13 § 6 D. h. t. 12, 2 — treten bei Privateiden nicht mehr ein. R.G. für Strafsachen Bd. 5 S. 94. Derselben Ansicht ist Savigny, System Bd. 7 S. 85; dagegen Windscheid Bd. 2 § 418 Anm. 7.

IV. Die Miethverträge.[1]

§ 110. Die Arten der Miethverträge. Geschichtliche Einleitung.

Die Miethverträge stellen uns Sachen oder Arbeitskräfte auf Zeit gegen ein Geldäquivalent zu Diensten.[2] Es giebt drei Hauptarten:

a) die Sachenmiethe — locatio conductio rei,

b) die Dienstmiethe — l. c. operarum,

c) die Uebernahme eines Unternehmens — l. c. operis.

Aus kleinem Keim erwuchsen diese für das bürgerliche Leben so wichtigen Institute.[2]

1. Die Sachenmiethe entwickelte sich zunächst bezüglich Mobilien. Vermiethung von Spannvieh war bereits den 12 Tafeln bekannt;[3] die von Sklaven, z. B. zu Erntearbeiten, mag gleichfalls früh vorgekommen sein.[4] Bei solchen Vermiethungen muß sich die Bezeichnung locatio conductio „Aufstellen" und „Wegführen" gebildet und eingebürgert haben; denn für andere Gegenstände paßt sie nicht.' Offenbar kam eine Vermiethung von Immobilien erst in Gebrauch, nachdem jene Ausdrücke bei den Moventien den Sinn von Vermiethung angenommen hatten. In der That waren die Grundbesitzer und Bewohner des alten Latium entweder Eigenthümer oder Prekaristen, nicht aber Pächter und Miether.[5]

Gehen wir davon aus, daß der Urfall der römischen Sachenmiethe Vermiethung von Moventien war, daß sich hierbei die Grundzüge der Theorie der Miethe bildeten, und daß man dieselbe erst später

---

1) Tit. Iust. de locatione et conductione 3, 24, Dig. locati conducti 19, 2, Cod. 4, 65.

2) Vgl. Carl Christoph Burckhard, zur Geschichte der locatio conductio 1889.

3) Gajus Inst. IV § 28. Lege autem introducta est pignoris capio, veluti lege XII tabularum ... adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium impenderet. Vgl. hierüber Burckhard a. a. O. S. 15.

4) Die von Brinz Bd. 2 S. 752 Anm. 4 angeführten Stellen ergeben, daß bei Plautus „conducere" daß „Holen" von Arbeitern ständig bedeutet. So auch Burckhard a. a. O. S. 28. Das darf uns nicht irre machen, daß in den Erörterungen der Pandektenjuristen die Miethe von Immobilien die Hauptrolle spielt. Denn sie war seit den letzten Jahrhunderten der Republik der wichtigste Fall. Ihr die überkommenden Regeln der Miethe einigermaßen anzupassen, war denn auch eine besonders schwierige Aufgabe, welche die Juristen zu lösen hatten.

5) Ueber Mommsen: die römischen Anfänge von Kauf und Miethe in der Zeitschrift der Savignystiftung r. Abth. Bd. 6 S. 260 siehe Burckhard a. a. O. S. 16.

auf Miethverträge über Immobilien übertrug, so erklären sich manche befremdliche Erscheinungen des römischen Miethrechtes.

Dahin gehört, daß in Rom bei Vermiethungen keine gesetzlichen Kündigungsfristen bestanden, so daß, wenn nichts Besonderes vereinbart war, jeder Theil jederzeit das Verhältniß beendigen konnte. Dies ist für die Miethe von Mobilien natürlich, für die Miethe von Immobilien und besonders für deren Pacht aber befremdend.

Auch der römische Rechtssatz, wonach der Käufer, welchem die Miethsache übereignet wurde, an die Vermiethungsverträge seines Verkäufers nicht gebunden ist, hat bei der Vermiethung von Mobilien nichts Auffallendes. Daß er sich bei der Vermiethung von Immobilien und insbesondere bei Pachtverhältnissen entwickelt hätte, wäre schwer begreiflich.[6]

Da die Vermiethung von Mobilien meist auf kürzere, mehr oder minder unbestimmte Zeit geschieht, so lag es nahe, daß man regelmäßig die Zahlung des Miethzinses erst bei der Beendigung der Miethe — postnumerando — nach Verhältniß der Zeit des Gebrauches leistete. Ging die Sache durch Zufall zu Grunde, so lief hiernach der Miethzins nicht weiter. So mag sich der Satz „periculum est locatoris" festgestellt haben, wodurch die Gefahr anders normirt wird, wie bei anderen zweiseitigen Verträgen, insbesondere beim Kaufe.

2. Die l. c. operarum, bei welcher Freie ihre Dienste vermietheten, stand der Vermiethung von Sklaven oder anderen Hausuntergebenen durch den Hausherrn thatsächlich sehr nahe. Der Arbeiter, welcher sich am Arbeitsmarkt aufstellte, war der locator, und der Arbeitsherr, welcher ihn zur Arbeit mitnahm, der conductor.

3. Bei der l. c. operis wird der Arbeitsherr der locator und der Uebernehmer der Arbeit der conductor genannt.

Woher dieser Wechsel? Denkt man sich als Urfall die Weide fremden Viehes, so würden sich die Bezeichnungen handgreiflich erklären.[7] Als man andere Arbeiten gleichstellte, blieb dann den Unternehmern der Name conductor.

---

6) Hiermit stehen die Ausführungen in meinem Pfandrecht Bd. 2 S. 65 und Begriff und Entwickelung des juristischen Besitzes S. 69 sowie von Pernice, Labeo Bd. 1 S. 467 nicht im Widerspruch. Zur Miethe, bemerkt Pernice, wohnten in Rom untergeordnete Leute — Freigelassene, Klienten, Dichter —; ihnen dem Kapitale gegenüber einen besonderen Rechtsschutz angedeihen zu lassen, lag nicht im Sinne der römischen Juristen. So richtig dies ist, so waren die bezüglichen Sätze doch für Wohnungsmiethe und Pacht leichter durchzusetzen, wenn sie sich an die bisherige Entwickelung der Miethe anschlossen, als wenn man den blanken Klassenegoismus hätte hervorkehren müssen.

7) Vgl. l. 9 § 5 D. h. t. 19, 2 „si quis vitulos pascendos conduxit". Aehn-

Der locator klagt mit der actio locati und der conductor mit der actio conducti.

§ 111. a) Die Sachenmiethe.

1. Das Gebiet der Sachenmiethe d. h. des Vertrages über Einräumung von Sachen zur Benutzung auf Zeit gegen einen Geldpreis[1] ist ein weites.

Mobilien, städtische und landwirthschaftliche Immobilien, nutzbare Rechte, und selbst Erwerbsgeschäfte können ihren Gegenstand bilden.

Sie kann in Einräumung bloßen Gebrauches bestehen — Miethe im engeren Sinne — oder in der Ueberlassung von Einkommen, insbesondere von Früchten — Pacht. Beide Geschäfte unterscheiden sich im römischen Rechte nur in wenigen Einzelheiten.[2]

Wesentlich ist ein Preis in Geld[3] oder in Früchten. Insbesondere ist die Theilpacht, bei welcher dem Verpächter fortlaufend eine Quote des Fruchtertrages zu entrichten ist, eine Art der Miethe.[4]

Ueberlassung einer Nutzung gegen andere Aequivalente, z. B. Dienste, ist nicht Miethe,[5] aber ihr im Wesentlichen analog.

Der Miethkontrakt setzt nicht voraus, daß der Vermiether der Eigenthümer des Miethobjektes ist, oder an demselben ein Nutzungsrecht hat. Die gegenseitigen Verpflichtungen des Vermiethers und

---

lich Brinz Bd. 2 S. 752 Anm. 4. Nach und nach mag man „locare" für „austhun" und „conducere" für „sich etwas Vortheilhaftes zu Gemüthe führen" genommen haben, Pernice, Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 3 S. 55, vgl. auch ebendaselbst Bd. 9 S. 239. Von vorherein wäre man bei der Verdingung von Arbeiten auf solche Ausdrücke schwerlich gekommen.

1) l. 2 pr. D. h. t. 19, 2, Gajus libro 2 rerum cottidianarum besagt: . . locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit. Natürlich müssen die Betheiligten aber auch über das Miethobjekt einig sein, nicht minder über die Zeit der Miethe, namentlich also, ob auf unbestimmte Zeit oder auf bestimmte gemiethet sein soll und in letzterem Falle, auf wie lange.

2) Vgl. übrigens Pfizer, Pacht und Miethe im Archiv für civ. Praxis Bd. 71 S. 445. Die Römer haben keine besondere Bezeichnung für die Pacht. Doch heißt der Pächter meist „colonus"; der Wohnungsmiether oft „inquilinus".

3) § 2 I. h. t. 3, 24.

4) l. 25 § 6 D. h. t. 19, 2, Gajus libro 10 ad edictum provinciale. partiarius colonus quasi societatis jure et damnum et lucrum cum domino fundi partitur. Die Theilpacht ist in der Regel nicht Societät, wie Waaser, die colonia partiaria des römischen Rechtes 1885 behauptet. Nur die Vertheilung der Früchte mit dem Grundherrn ist der Societät ähnlich. Im Uebrigen ist das Verhältniß Pacht. Hierfür ist entscheidend die Absicht der Betheiligten. Die Grundsätze der Societät würden den Zwecken, welche dieselben bei solchem Verhältniß verfolgen, nicht entsprechen. Vgl. unten § 124 Anm. 6, Pernice, Parerga in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 3 S. 57. Der Pachtzins kann auch in bestimmten Summen von Naturalien festgesetzt sein, l. 8, l. 21 C. h. t. 4, 65.

5) l. 5 § 2 D. praescriptis verbis 19, 5, § 2 I. h. t. 3, 24.

Miethers entstehen vielmehr auch, wenn der Erstere kein Recht an der von ihm vermietheten Sache hat.[6]

2. Der Miether hat ein Recht:

a) auf rechtzeitige Einräumung der Miethsache und deren Gewährung während der Miethzeit, und zwar in kontraktgemäßem Zustande und mit dem bedungenen oder üblichen Zubehör,[7]

b) auf Schadensersatz wegen jeder Verschuldung des Vermiethers.[8]

Wird ihm die Miethsache nicht rechtzeitig gewährt oder, wenn auch nur zeitweise, entzogen, so hat er ein Rücktrittsrecht.[9] Geringe Verzögerung der Uebergabe und spätere vorübergehende Behinderung muß er sich jedoch gefallen lassen, wenn es sich dabei nur um Unannehmlichkeiten handelt, die im Leben nicht leicht vermeidbar sind, und die man zu ertragen pflegt.

Entschädigung wegen der völligen oder theilweisen Nichtgewährung oder der Entziehung der Miethsache ist dem Miether außerdem zu leisten, wenn sie in Folge einer Verschuldung des Vermiethers[10] oder auch ohne solche in Folge des besseren Rechtes eines Dritten geschah, welches zur Zeit der Vermiethung bestand und dem Miether unbekannt war.[11]

Mängel der Miethsache werden zwar nicht nach ädilicischem Recht behandelt.[12] Hindern sie aber den kontraktmäßigen Gebrauch, so hat

6) l. 7, l. 9 pr. § 6 D. h. t. 19, 2. Die Miethe der eigenen Sache ist nichtig, es sei denn, daß dem Miether rechtlich oder wenigstens thatsächlich die Nutzung derselben fehlt, l. 28 D. de a. vel o. poss. 41, 2.

7) l. 15 § 1, l. 19 § 2 D. h. t. 19, 2, l. 19 § 5 D. eod.

8) l. 19 § 5 D. h. t. 19, 2, l. 28 C. h. t. 4, 65. Vgl. freilich Pernice, Labeo Bd. 2 S. 326.

9) l. 24 § 4 D. h. t. 19, 2. Paulus libro 34 ad edictum ... sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo tempore quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest, quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet — berühmte Worte. Vgl. oben Bd. 2 § 35 Anm. 2. Pfitzer, Archiv für civ. Praxis Bd. 71 S. 457.

10) l. 33 in fine D. h. t. 19, 2. Africanus libro 8 quaestionum: Si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat, possis, tantum ei praestabis, quanti ejus interfuerit frui, in quo etiam lucrum ejus continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.

11) l. 9 pr. D. h. t. 19, 2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi, isque sit evictus sine dolo molo culpaque ejus, Pomponius ait nihilo minus teneri ex conducto ei, qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. Ob diese Eviktion eine „wahre" Eviktion genannt werden kann, darüber streiten Müller, Eviktion S. 123 und Bekker in seinem und Muthers Jahrbuch Bd. 6 S. 243.

12) l. 68 D. de aedil. edicto 21, 1.

der Miether das Recht des Rücktritts oder verhältnißmäßiger Minderung des Miethzinses. Entschädigungsansprüche hat er ihretwegen, wenn dem Vermiether wegen falscher Angaben oder Nichtanzeige oder Nichtbeseitigung derselben eine Schuld zur Last fällt. Dies alles gilt sowohl für Mängel, die zur Zeit des Abschlusses des Miethkontraktes bestanden, als für solche, die sich während der Dauer der Miethe entwickelten.[18]

c) Nothwendige Verwendungen, welche der Miether im Interesse des Vermiethers vornahm, hat dieser zu ersetzen.[14]

d) Der Miether ist zur Aftervermiethung und Afterverpachtung befugt,[15] wenn der Vertrag nichts Anderes bestimmt.

Die auf der Miethsache ruhenden Lasten und Abgaben hat der Vermiether zu tragen.[16]

3. Die Rechte des Vermiethers sind:

a) der bedungene Miethzins. In der Regel ist derselbe postnumerando, d. h. nach Endigung der Miethe oder der vereinbarten oder üblichen Zinstermine zu zahlen. Der Vermiether trägt die Gefahr; das heißt: der Miethzins läuft nicht weiter, wenn die Miethsache zu Grunde geht,[17] oder wenn der Miether sonst in Folge eines nicht in seiner Person liegenden Grundes an der Fortsetzung der Miethe gehindert ist.[18 19] Im Falle erheblicher theil-

---

13) l. 19 § 1, l. 25 § 2 D. h. t. 19, 2. Fehler, welche der Miether beim Kontraktschluß kannte oder sehen mußte, kann er nicht rügen, es sei ihm denn deren Beseitigung vom Vermiether zugesagt, l. 13 § 6 D. de damno infecto 39, 2.

14) l. 55 § 1 D. h. t. 19, 2.

15) l. 6 C. h. t. 4, 65. Selbstverständlich haftet der Miether für Sorgfalt bei Auswahl des Aftermiethers und Afterpächters.

16) l. un. § 3 D. de via publica 43, 10.

17) Dieses wichtige Princip scheint vorzugsweise Alfenus für die Wohnungsmiethe festgestellt zu haben. l. 30 § 1 D. h. t. 19, 2. Alfenus libro 3 digestorum a Paulo epitomatorum: Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret. Vgl. oben § 110 Abschn. 1 am Ende.

18) Auch die Furcht vor Gefahren kann hierher gehören. Man miethet z. B. eine Sommervilla und in der Nähe bricht die Cholera aus. Miethzins kann dann im Falle des Rücktrittes des Miethers nicht beansprucht werden, wenn auch die Villa von der Krankheit verschont bleibt. l. 27 § 1 D. h. t. 19, 2. Alfenus libro 2 digestorum: Iterum interrogatus est, si quis timoris causa emigrasset, deberet mercedem necne. respondit, si causa fuisset, cur periculum timeret, quamvis periculum vere non fuisset, tamen non debere mercedem: sed si causa timoris justa non fuisset, nihilo minus debere.

19) Der Rücktritt von der Miethe ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Behinderung des Gebrauchs von vornherein als mögliches Ereigniß vorausgesehen werden konnte. Wird z. B. zur Möbelfabrikation ein Lokal in einem Rayon ge-

weiser Störung der Miethe kann verhältnißmäßiger Abzug verlangt werden: [20]

Dem entspricht das Recht des Pächters auf *Nachlaß am Pachtzins* — remissio mercedis —, falls der Fruchtertrag vor dem Einthun durch *außerordentliche Unfälle* vernichtet oder erheblich geschmälert wird. Bei mehrjähriger Pacht muß sich der Pächter indessen eine Aufrechnung besonders guter Jahre gefallen lassen. [21]

b) Der Miether hat die Miethsache *gut zu behandeln* und er haftet wegen jeder Verschuldung, mag nun Untergang oder Verschlechterung der Miethsache die Folge sein. [22] [23] Erhebliche Veränderungen hat er zu unterlassen.

c) Nach Beendigung der Miethe ist er *zur Rückgabe* der Miethsache [24] und alles Zubehörs in ihrem derzeitigen Stand [25] gehalten. [26]

miethet, welcher besonderen Anordnungen der Zollbehörde unterliegt, und später werden von der Zollbehörde neue Vorschriften getroffen, welche jene Fabrikation unmöglich machen oder erheblich beschränken, so darf der Miether zurücktreten, R.G. Bd. 4 S. 169.

20) l. 27 pr. D. h. t. 19, 2.

21) l. 15 §§ 2—4, l. 25 § 6 D. h. t. 19, 2, l. 8 C. h. t. 4, 65. W. Sell im Archiv für civ. Praxis Bd. 20 n. 8. Jacobi, Remission des Pachtzinses 1856. Bangerow Bd. 3 § 641 Anm. 1.

22) l. 11 pr. und ff., l. 12, l. 25 §§ 3 und 4 D. h. t. 19, 2. Absichtliches Zuwiderhandeln gegen ausdrückliche Verbote des Miethkontraktes verpflichtet auch für den zufälligen, hieraus entstehenden Schaden. l. 11 § 1 D. h. t. Ueber die Verpflichtungen des Pächters eines Geschäftsetablissements vgl. Kohler im Archiv für civ. Praxis Bd. 71 n. 9.

23) Gewisse Auslagen auf die Miethsache liegen dem Miether als Last der Nutzung ob, z. B. Fütterungskosten des gemietheten Thieres. Noch weiter geht dies bei der Pacht.

24) Nicht selten ist, daß Miether, insbesondere auch Pächter, die Herausgabe der Miethsache trotz Endigung der Miethe verzögern und den klagenden Verpächter durch Chikanen und ungegründete Vorwände hinzuhalten suchen. Die l. 25 C. h. t. 4, 65 tritt dem durch Ausschließung des Einwandes entgegen, daß der Miether selbst der Eigenthümer der Miethsache sei. Er muß dies also in besonderem Prozesse geltend machen. G. Thon in Lindes Zeitschrift Bd. 1 n. 24 hält dies namentlich dann nicht für anwendbar, wenn der Beklagte behauptet, schon zur Zeit der Miethe Eigenthümer gewesen zu sein, weil dann in Wahrheit kein Miethkontrakt geschlossen sei. Dies ist nicht zutreffend, denn die Verordnung schließt den Einwand des Eigenthums stets aus, wenn man „agrum conductionis titulo accepit", also ohne Rücksicht darauf, ob ein gültiger Miethkontrakt geschlossen ist. Windscheid Bd. 2 § 400 Anm. 18.

25) Das Inventar eines Landgutes wird dem Pächter häufig unter einer *Schätzungssumme* übergeben. Dann ist der Pächter *Käufer* für die Schätzungssumme. Daher wird er Eigenthümer des Inventars und zur freien Verfügung über dasselbe berechtigt, ist aber verbunden, nach Endigung der Miethe die Schätzungssumme zu erstatten. Natürlich trifft ihn also die Gefahr des Unterganges und der Verschlechterung des Inventars. — Seit dem Mittelalter kommen auch Verträge vor, nach denen der Verpächter Eigenthümer des Inventars bleibt, so daß der Pächter dasselbe nur soweit veräußern darf, als es die Gutsbewirthschaftung nothwendig macht, und bei denen der Pächter dennoch die Gefahr trägt, so daß er abgängige Stücke ersetzen muß. Solche Abmachungen — welche unter anderem code civil art. 1822 vorsieht — pflegt man „eiserne Viehverträge" zu nennen.

4. Das Recht des Miethers ist kein dingliches, sondern ein persönliches. Er hat bloße Detention für den Vermiether, keinen juristischen Besitz.[27] [28]

In Rom konnte der Vermiether demzufolge den Miether beliebig aus der Miethsache setzen, er war ihm nur entschädigungspflichtig, wenn dies vorzeitig kontraktwidrig geschah. Und vollends ein neuer Erwerber, insbesondere ein Käufer der vermietheten Sache war an die Miethverträge seines Vorgängers nicht gebunden.[29] [30] Dies drückt man gewöhnlich durch den Satz aus: „Kauf bricht Miethe". Natürlich blieb aber der Vermiether dem Miether kontraktlich zur Entschädigung verbunden, wenn diesem der Kontrakt in Folge der Veräußerung nicht ausgehalten wurde.

Das gemeine Recht ist minder schroff. Es duldet namentlich nicht, daß der Vermiether selbst den Miether vor Beendigung der Miethe kontraktbrüchig der Miethsache entsetzt, selbst wenn er entschädigen wollte.[31] Der Grundsatz: Kauf bricht Miethe wurde zwar aufgenommen, aber gemildert. Gemeinrechtlich darf der Miether Einhaltung der ortsüblichen Kündigungsfristen, und eventuell eine angemessene Zeit zur Räumung beanspruchen.[32]

---

26) Ueber die gesetzlichen Pfandrechte des Vermiethers und Verpächters vgl. oben Bd. 1 § 268.

27) l. 10 D. de a. vel o. poss. 41, 2, oben Bd. 1 § 174 Anm. 3.

28) Ueber das Folgende vgl. Dernburg (der ältere), Abhandlungen n. 1 und Ziebarth, die Realexekution und die Obligation mit Rücksicht auf die Miethe 1866, ferner Degenkolb, Platzrecht und Miethe 1867, Geller in Grünhuts Zeitschrift Bd. 5 S. 313. Zur Geschichte der Miethe und Pacht in den deutschen Rechten des Mittelalters siehe Brünneck in der Zeitschr. der Savignystiftung Bd. 1, germanistische Abth. S. 138.

29) l. 12, l. 18 pr. D. unde vi 43, 16, l. 20 D. de a. vel o. poss. 41, 2. Ziebarth a. a. O. S. 126 ff.

30) Weder war der Käufer dem Miether, = l. 25 § 1 D. h. t. 19, 2 und die oben Anm. 29 citirten Stellen —, noch auch der Miether dem Käufer zur Fortsetzung der Miethe nach dem Verkaufe verpflichtet l. 32 D. h. t. 19, 2, l. 9 C. h. t. 4, 65.

31) Die Praxis trägt kein Bedenken, dem Miether, gegen welchen der Vermiether sein possessorisches Rechtsmittel geltend macht, „die Einrede aus dem Kontrakte zuzugestehen." Mühlenbruch, Cession S. 279 Anm. 75. Nach der Praxis des R.G. verfällt ferner der Vermiether, welcher den Miether durch Selbsthülfe zum Verlassen der Wohnung nöthigt, den Strafen wegen Nöthigung, vgl. oben Bd. 1 § 125 Anm. 3, und der Miether hat die Spolienklage, wenn er aus der Miethsache ausgetrieben wird, oben Bd. 1 § 189 Anm. 7. Auch gegenüber petitorischen Rechtsmitteln des Vermiethers vertheidigt sich der Miether mit Erfolg durch Berufung auf den Miethkontrakt. Vgl. auch Fischer, soll Kauf Pacht und Miethe brechen? 1888.

32) Hierfür kann man sich auf die Worte der l. 12 D. de vi 43, 16 berufen: „nisi forte propter justam et probabilem causam id fecisset". Nach der Praxis kommt dem Miether ferner die Vereinbarung zwischen dem Verkäufer und dem Käufer zu gute, wonach der letztere sich verpflichtete, die Miethe auszuhalten. Vgl. l. 9 C. h. t. 4, 65; Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 318. Daß der Miether die

5. Hinsichtlich der Beendigung ist Miethe mit, und solche ohne Zeitbestimmung zu unterscheiden.

Miethe *ohne Zeitbestimmung* kann jederzeit von jedem der beiden Theile mittels Kündigung unmittelbar beendigt werden. Doch bestehen in Deutschland für Wohnungsmiethen fast überall lokale Kündigungsfristen, welche einzuhalten sind.

Miethen *unter Zeitbestimmungen* endigen mit deren Ablauf und außerdem vorzeitig:

a) durch Untergang der Miethsache,

b) in Folge *Rücktrittes des Miethers*, wenn ihm die *kontraktmäßige Nutzung* nicht gewährt wird,[33]

c) durch Entsetzung des Miethers seitens *des Vermiethers* wegen zweijährigen Rückstandes der Miethzinsen,[34] erheblicher Verschlechterung der Miethsache,[35] nothwendiger Reparaturen[36] und unvorhergesehenen eigenen Bedürfens der Sache.[37]

d) Konkurs des Miethers, nachdem die Miethsache in seine Detention kam, giebt dem *Vermiether* und dem *Konkursverwalter* ein Kündigungsrecht unter Beachtung der vereinbarten, oder der gesetzlichen oder ortsüblichen Kündigungsfristen.[38]

Thatsächliche Fortsetzung der Miethe nach ihrer Beendigung gilt als *Wiedererneuerung der Miethe*, und zwar wenn sie Pacht ist, auf ein Jahr, sonst auf Kündigung,[39] nach heutiger Auffassung unter Beachtung der üblichen Kündigungsfristen.

Miethe fortzusetzen hat, wenn der Käufer zur Fortsetzung bereit ist, wird in der Praxis nicht bezweifelt.

33) Vgl. oben Anm. 18.

34) l. 54 § 1, l. 56 D. h. t. 19, 2. Durch Zahlung vor Anzeige der Aufhebung der Miethe erhält sich das Recht des Miethers. Siehe oben Bd. 1 § 260 Anm. 24.

35) l. 54 § 1 D. h. t. 19, 2, l. 3 C. h. t. 4, 65.

36) l. 3 C. h. t. 4, 65, l. 30 pr., l. 35 pr. D. h. t. 19, 2.

37) l. 3 C. h. t. 4, 65. Nur von der Wohnungsmiethe ist hier übrigens die Rede. R. Samter, Benutzungsrecht d. Vermiethers bei eigenem Gebrauch, Jenaer Inauguraldiss. 1890.

38) K.O. § 17 Ziff. 1.

39) l. 13 § 11, l. 14 D. h. t. 19, 2. Röder, Abhandlungen n. 1; Bangerow Bd. 3 § 644. Dem Ausspruche in der l. 13 § 11 cit. von Ulpianus libro 32 ad edictum „in urbanis autem praediis ... jure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur" folgt — offenbar von der Hand der Kompilatoren — der höchst bestrittene Zusatz: „nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est". Viele, insbesondere Bangerow a. a. O. und Windscheid Bd. 2 § 402 Anm. 13, entnehmen hieraus den Satz, daß die in einem Schriftvertrage für die — *erste* — Miethe festgestellte Zeit auch für die stillschweigend fortgesetzte Miethe gelte. Bliebe also der Miether, welcher auf 5 Jahre gemiethet hatte, nach Ablauf

§ 112. b) Die Dienſtmiethe.[1]

Die Vermiethung unſerer Dienſte auf Zeit gegen Geld iſt Dienſtmiethe — locatio conductio operarum. Sie iſt nach Analogie der Sachenmiethe zu behandeln, ſoweit ihre beſondere Natur nicht entgegenſteht.

Die Dienſtmiethe hat es nur mit ſolchen Arbeiten zu thun, die nach Anordnung und Geheiß des Arbeitgebers zu geſchehen haben.[2] Es wird aber keineswegs erfordert, daß es ſich um bloße Handarbeit — ſ. g. illiberale Dienſte — handelt. In Rom, wo die Sklavenarbeit überwog, hatte die Dienſtmiethe nur untergeordnete Bedeutung.[3 4] Heutzutage aber iſt ſie nach Beſeitigung der Sklaverei und anderer durch Geburt begründeter Subjektionsverhältniſſe von der größten ſocialen Wichtigkeit. Beſondere Arten ſind die Geſindemiethe, der Arbeitsvertrag mit Geſellen, mit Fabrikarbeitern, mit der Schiffsmannſchaft, die Anſtellung von Handlungsgehülfen.[5]

Die Dienſtmiethe wird bald auf beſtimmte, bald auf unbeſtimmte Zeit geſchloſſen. Im letzteren Fall hatte in Rom jeder Theil jeder Zeit das Rücktrittsrecht. Aber nach heutigem Recht beſtehen Kündigungs-

---

derſelben ohne Widerſpruch des Vermiethers noch einige Zeit in der Wohnung, ſo wäre die Miethe für beide Theile auf volle 5 Jahre erneuert! Ein merkwürdiger Satz. Aus der vermuthlichen Abſicht der Betheiligten läßt er ſich nicht herleiten und für willkürliche Geſetzesbeſtimmungen auf dieſem Gebiete beſteht kein Grund. In dem bloß negativ ſich verhaltenden Schlußſatze der Stelle iſt ſo etwas nicht geſagt. Wir ſehen in ihm nur einen wenig glücklich formulirten, übrigens ſelbſtverſtändlichen Vorbehalt. Iſt, dies nur iſt die Meinung, in dem urſprünglichen Miethvertrage — in scriptis, im Gegenſatz zu der ſpäteren ſtillſchweigenden Erneuerung — eine Zeit für die etwaige Fortſetzung der Miethe vorgeſehen, ſo iſt ſie maßgebend, nicht die Zeit des thatſächlichen Wohnens. Vgl. Röder a. a. O. S. 40 und die bei Vangerow a. a. O. Citirten. Behn im Archiv für civ. Praxis Bd. 68 n. 4 kommt durch eine andere Interpretation zu demſelben Reſultat wie wir.

1) Dankwardt in Iherings Jahrbüchern Bd. 14 n. 5. Pernice in der Ztſchrft. d. Savignyſtiftung, rom. Abth. Bd. 9 S. 242.

2) Brinz Bd. 2 S. 762.

3) Paulus sententiae II 18 § 1: homo liber, qui statum suum in potestate habet et pejorem eam et meliorem facere potest: atque ideo operas suas diurnas nocturnasque locat, vgl. l. 91 D. de furtis 47, 2.

4) Keine Art der Miethe nahmen die Römer bei den Feldmeſſern an. Dieſelben erhielten keinen Lohn, ſondern Honorar, waren auch nur wegen Dolus verantwortlich. l. 1 pr. D. si mensor falsum modum dixerit 11, 6. Dies ſind auf der älteren römiſchen Volksanſchauung beruhenden Sätze, die für das heutige Recht keine Bedeutung haben.

5) Vgl. über dieſe verſchiedenen Kontrakte Dankwardt a. a. O., mein preuß. Pr.Recht Bd. 2 §§ 192 ff. Selbſt auf das Staatsdienerverhältniß ſind die privatrechtlichen Normen des Dienſtvertrages anzuwenden, ſoweit ſie nicht mit den öffentlichen Zwecken des Staatsdienſtes in Widerſpruch ſtehen, R.G. Bd. 18 S. 173.

fristen. Ihre Dauer bestimmt das Landesgesetz oder die Uebung, in Ermangelung dessen richterliches billiges Ermessen.

a) Der Arbeiter hat seine Dienste persönlich zu leisten; denn sie sind gemiethet. Es muß daher der Arbeitsherr eine Vertretung nicht annehmen.

b) Für die Dienste ist der Lohn zu zahlen — im Zweifel postnumerando. Er kann nach der Zeit der Arbeit bemessen sein — z. B. Tagelohn, — oder nach dem Maße der Arbeit — Akkordarbeit. Auch dann ist der Lohn zu zahlen, wenn der Miether die Dienste willkürlich zurückweist oder aus in seiner Person liegenden Gründen nicht brauchen oder annehmen kann. Selbst der Tod des Miethers ist an sich kein Grund der Endigung eines auf bestimmte Zeit geschlossenen Dienstvertrages; er ist dies nur, wenn es sich um höchstpersönliche Leistungen an den Dienstherrn handelte.[6]

Bleibt dem Vermiether durch die Nichtannahme seiner Dienste freie Zeit, so kann ihm auf seine Lohnforderung angerechnet werden, was er inzwischen in gleicher Art verdient hat oder wenigstens leicht verdienen konnte.[7]

Der Arbeitsherr hat das Recht des Rücktrittes vom Vertrage nach Analogie der Sachenmiethe, wenn er die Dienste aus außerhalb seiner Person liegenden Gründen nicht annehmen kann.[8] Insbesondere steht ihm der Rücktritt offen, wenn sein Vertrauen in das Wollen und Können seines Angestellten aus anzuerkennenden Gründen erschüttert ist.[9] Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Dienstherrn giebt beiden Theilen ein Kündigungsrecht unter Beobachtung der vereinbarten oder üblichen Kündigungsfristen.[10]

---

6) l. 19 § 9 D. h. t., abgedruckt Anm. 7, l. 19 cit. § 10, l. 4 D. de off. adsess. 1, 22.

7) l. 19 § 9 D. h. t. 19, 2. Ulpianus libro 32 ad edictum: Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is, qui eas conduxerat, decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est. Was vom Empfang anderen Lohnes gilt, muß auch für das gelten, was der Arbeiter hätte erwerben können. Hachmeister, Gefahrtragung bei Arbeitsmiethe. Inauguraldissertation, Kassel 1887.

8) In l. 38 pr. D. h. t. erklärt zwar Paulus libro singulari regularum: Qui operas suas locavit totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet. Doch ist dies nicht auf Fälle zu beziehen, in welchen eine solche Unmöglichkeit der Leistung des fraglichen Dienstes eintrat, die nicht in der Person des Gläubigers begründet war. R.G. Bd. 3 S. 182 und dort Citirte.

9) R.G. Bd. 23 S. 167.

10) K.O. § 19.

§ 113. c) Locatio conductio operis.

Der Vertrag, durch welchen sich ein Unternehmer — conductor — gegenüber dem Besteller — locator — zur Vollführung eines Unternehmens gegen einen Geldpreis verbindet, ist locatio conductio operis,[1] Verdingungsmiethe oder Werkverdingung.

Bezweckt wird ein ökonomischer Effekt — ein opus.[2] Dahin gehören namentlich Manipulationen mit körperlichen Dingen, z. B. Bearbeitung oder Verarbeitung von Mobilien, Transport von Sachen[3] und von Personen, Bauten und sonstige Umgestaltungen von Immobilien. Nach gleichen Grundsätzen sind geldwerthe immaterielle Leistungen geschäftlicher, künstlerischer, technischer oder wissenschaftlicher Art zu behandeln.[4 5]

Der Unternehmer hat bald bloß Arbeit zu leisten — reine Werkverdingung — bald auch Materialien für das Werk zu liefern — Werklieferungsvertrag.[6]

Liegt jedoch dem Unternehmer die Beschaffung des zu bearbeitenden Hauptgegenstandes ob, so gilt das Geschäft als Verkauf, nicht

---

1) Dankwardt, die l. c. operis Iherings Jahrb. Bd. 13 n. 7, Pernice, Ztschrft. d. Savignystift. r. Abth. Bd. 9 S. 244.

2) Es ist unrichtig, wenn Viele, z. B. Wächter Bd. 2 S. 479 in seinen Beilagen zu den Pandekten, die l. c. operis als „einen Fall" der l. c. operarum bezeichnen. Es handelt sich bei ihr vielmehr um einen herzustellenden ökonomischen Effekt. l. 5 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 2 ad edictum: „Opere locato conducto": his verbis Labeo significari ait id opus, quod Graeci *ἀποτέλεσμα* vocant, non *ἔργον* id est ex opere facto corpus aliquod perfectum. Natürlich ist aber für diesen Effekt von Seiten des Unternehmers Arbeit aufzuwenden. Dies sucht Paulus libro 34 ad edictum, l. 22 § 2 D. h. t. 19, 2 zur Geltung zu bringen: „locat enim artifex operam suam, id est faciendi necessitatem."

3) Das H.G.B. normirt „das Frachtgeschäft" Art. 390 ff. und das Frachtgeschäft zur See Art. 657 ff.

4) Vgl. über den Lehrvertrag mein preuß. Pr.Recht Bd. 2 § 194.

5) Ein besonders wichtiges Geschäft dieser Art ist die Auskunftsertheilung über die Kreditwürdigkeit einer Person, welche eine regelmäßige Grundlage für den vielverzweigten modernen Kredit geworden ist. Vgl. hierüber Hugo Jacoby, die Krediterkundigung. Berliner Inauguraldissertation 1891. Die bezügliche Auskunft wird regelmäßig „ohne Obligo" ertheilt und diese Klausel ist als usancemäßig zu unterstellen, wenn sie ausnahmsweise fehlen sollte. Zweifellos haftet der Ertheiler gleichwohl für dolus. Ob aber auch für culpa lata? Dies hält Jacoby a. a. O. für unzutreffend. Uns scheint umgekehrt die Haftung für grobe Fahrlässigkeit geboten und im allgemeinen Interesse. Nur muß sich der Richter der großen Schwierigkeiten der Auskunftsertheilung bewußt bleiben und daher mit der Annahme grober Fahrlässigkeit vorsichtig sein.

6) Eine s. g. locatio conductio irregularis ist es, wenn dem conductor verstattet ist, statt der zur Verarbeitung gegebenen Materialien andere zu verwenden, oder auch im Falle eines Transportes andere als die hingegebenen Fungibilien zu restituiren. l. 31 D. h. t. 19, 2, l. 34 pr. D. de auro 34, 2, vgl. Karlowa in Grünhuts Ztschrft. Bd. 16 S. 418.

als Werkverdingung.[7] Auf bloße Zuthaten bezieht sich dies nicht. Daher bilden Bauten auf Boden, welchen der Besteller anweist, stets Werkverdingung, auch wenn der Unternehmer die Baumaterialien liefert.[8]

a) Der Unternehmer hat vertragsmäßig, rechtzeitig[9] und fehlerlos[10] abzuliefern.

Persönliche Ausführung ist nichts Wesentliches. Der Unternehmer kann die Arbeit vielmehr weiter verdingen,[11] es sei denn das Gegentheil vereinbart oder nach der Natur der fraglichen Arbeit selbstverständlich. Die locatio conductio operis begreift also auch die s. g. Entreprise in sich.[12]

Gehülfen darf der Unternehmer regelmäßig verwenden, auch wenn er zur persönlichen Leitung verbunden ist.

---

7) § 4 I. h. t. 3, 24: Item quaeritur, si cum aurifice Titio convenerit, ut is ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos ei faceret et acciperet verbi gratia aureos decem, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahi videatur? Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operae autem locationem et conductionem. sed placuit tantum emptionem et venditionem contrahi. quodsi suum aurum Titius dederit mercede pro opera constituta dubium non est, quin locatio et conductio sit. Dies nach Gajus Inst. III. § 147, vgl. l. 2 § 1 D. h. t. 19, 2. Die Unterstellung der Werklieferungsverträge unter den Kauf ist übrigens unzweckmäßig und wirthschaftlich bedenklich. Ehrenberg, Kauf und Werkvertrag in Iherings Jahrb Bd. 27 n. 4.

8) l. 20 D. de contr. empt. 18, 1, quoniam tunc a me substantia proficiscitur, l. 22 § 2 D. h. t. 19, 2. Ob der Bau auf eigenem Boden des Bestellers oder auf fremdem ausgeführt werden soll, ist gleichgültig. So R.G. Bd. 13 S. 209 bezüglich des Baues eines Cirkus auf einem städtischen Platze in Folge Bestellung einer Kunstreitergesellschaft. Vgl. ferner R.O.H.G. Bd. 23 S. 89.

9) Verzögerung giebt nicht selten dem Besteller ein Rücktrittsrecht nach den oben Bd. 2 § 35 entwickelten Grundsätzen.

10) Ist eine unverzügliche Nachbesserung möglich, so kann sie der Besteller fordern, der Unternehmer anbieten. Wie lange der Besteller auf sie warten muß, ist nach den Lebensverhältnissen und den Zwecken des Kontraktes zu beurtheilen. Begnügt sich der Besteller mit einer mangelhaften Arbeit, so kann er Minderung des Preises fordern und, im Falle der Unternehmer in Schuld ist, Schadensersatz. Dem Besteller steht aber auch der Rücktritt vom Geschäft frei, wenn die Arbeit in erheblicher Weise der kontraktgemäßen Beschaffenheit entbehrt, sofern er nur das ihm Geleistete zurückgeben kann, was namentlich bei Bauten auf seinem Grund und Boden nicht der Fall ist. Ist das Unternehmen noch nicht vollendet, so kann er dasselbe aufgeben, wenn sich herausstellt, daß es kontraktmäßig nicht auszuführen ist. Er muß dann für das fertig Gestellte Vergütung leisten, l. 60 § 4 D. h. t. 19, 2. Der Unternehmer haftet für Fehler nicht, wenn er auf Anweisung des Bestellers gehandelt hat, es sei denn, daß er als Kunstverständiger den nicht sachverständigen Arbeitsherrn auf die Gefahren der Ausführung aufmerksam machen mußte. Vgl. l. 51 § 1. l. 60 § 3 D. h. t. 19, 2.

11) l. 48 pr. D. h. t. 19, 2.

12) Dankwardt a. a. O. S. 305 will freilich „locatio conductio operis“ und „Entreprise“ scharf unterschieden wissen Mit Unrecht. Der Unternehmer verspricht ein Arbeitsprodukt und nicht nothwendig seine Arbeit. Das ergiebt auch l. 48 pr. D. cit.

Für Verschuldung von Vertretern und Gehülfen steht er wie für die eigene ein.[13]

Die Verpflichtung des Unternehmers ist in der Regel vererblich.

b) Der Besteller — locator — schuldet den bedungenen Preis, und zwar je nach der Vereinbarung erst nach Vollendung des Ganzen, oder gemäß den einzelnen Stadien des Fortschreitens.[14] Vorschüsse sind zu leisten, sofern sie besonders ausbedungen oder üblich sind.[15]

Der Lohn ist auch geschuldet, wenn das Unternehmen durch kontraktwidrige Kündigung seitens des Bestellers verhindert wird. Die Ersparniß an sonst nöthigen Aufwendungen ist aber anzurechnen.[16]

Der Besteller hat das zu Bearbeitende rechtzeitig zu liefern, sowie das vollendete Werk rechtzeitig abzunehmen. Ist es kontraktmäßig, so hat er seine Billigung zu ertheilen. Dieselbe liegt oft schon in vorbehaltloser Annahme oder darin, daß er nicht in kurzer Frist Mängel desselben rügt. Nach der Billigung steht der Unternehmer nur für solche Mängel ein, welche bei ordnungsmäßiger Prüfung nicht erkennbar waren. Hat er die Billigung durch Dolus herbeigeführt, so entlastet sie ihn nicht.[17]

Bestritten ist die Gefahr, d. h. die Frage, ob dem Unternehmer in Fällen zufälliger Vernichtung oder Verschlechterung des unternommenen Werkes gleichwohl der Lohn gebührt?[18]

Natürlich geht die Gefahr auf den Besteller über, wenn er das Werk abgenommen hat oder hätte abnehmen sollen. Dagegen trägt bis dahin der Unternehmer die Gefahr, denn die Vergütung ist ihm für das vollendete Werk zugesagt. Aber striktes Festhalten an diesen Grundsätzen wäre hart. Sie erleiden daher folgende Modifikationen aus billiger Berücksichtigung der aufgewendeten Arbeit:

a) Trat Untergang des Werkes in Folge des vom Besteller gelieferten Materials ein, so trifft die Gefahr ihn, er hat also verhältnißmäßigen Lohn zu vergüten.

---

13) Oben Bd. 2 § 38 Anm. 8.

14) l. 51 § 1 D. locati 19, 2.

15) Laufen Zinsen des rückständigen Lohns von der Ablieferung der Arbeiten an? Eine derartige Analogie eines immerhin singulären Satzes des Kaufrechtes ist bedenklich. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 401 Anm. 1a.

16) Vgl. l. 19 § 9 D. h. t. 19, 2, Bolze, Praxis des R.G. Bd. 2 S. 230.

17) l. 24 pr. D. h. t. 19, 2. Aus dem Satze „ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta“ läßt sich nicht mit Arndts § 315 schließen, daß der Besteller nach der Billigung nur für dolus hafte.

18) Siehe Bolze, über den Zufall bei der Werkverdingung im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 n. 5. Schmauser, Zufall bei d. Werkverdigung, Erlanger Inaugural-diss. 1891. Vgl. ferner die bei Windscheid Bd. 2 § 401 Anm. 8 Citirten.

b) Das Gleiche ist der Fall, wenn das Werk durch höhere Gewalt zerstört wird, welche durch technische Vorkehrungen nicht auszuschließen war, z. B. durch ein Erdbeben.[19]

§ 114. Die lex Rhodia de jactu.[1]

Bedroht eine Seegefahr Schiff und Ladung gemeinsam, zu deren Abwendung der Führer des Schiffes Opfer bringt, so haben Alle, die gefährdet waren, den Schaden — die große Haverei[2] — gemeinsam zu tragen.

Dieser Satz — die lex Rhodia de jactu — ging aus dem rhodischen Recht in das römische, und von da in das mittelalterliche und neuere Seerecht über. Es wird hierdurch eine rechtliche Gemeinschaft zwischen dem Rheder des Schiffes und sämmtlichen Befrachtern desselben von der Einladung der Frachtgüter in das Schiff bis zu deren Wieder-

19) Aus dem Begriff der l. c. operis, wie ihn Labeo entwickelt — vgl. oben Anm. 2 — folgt, daß der conductor die Gefahr trägt, wenn das opus zu Grunde geht, ehe es der Besteller angenommen hat oder hätte annehmen sollen. Dies spricht Labeo libro 1 pithanon l. 62 D. h. t. 19, 2 aus: Si rivum, quem faciendum conduxeras et feceras, antequam eum probares, labes corrumpit, tuum periculum est. Paulus macht die offenbar billige Ausnahme: „immo si soli vitio id accidit, locatoris erit periculum, si operis vitio accidit, tuum erit detrimentum. Eine andere noch tiefer greifende Ausnahme rührt von Sabinus her. Vgl. l. 59 D. h. t. 19, 2. Javolenus libro 5, Labeonis posteriorum: Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Masurius Sabinus, si vi naturali veluti terrae motu, hoc acciderit, Flacci esse periculum. Die vis naturalis, von der Sabinus sprach, ist die höhere Gewalt, vgl. oben Bd. 2 § 39 Anm. 6. Uebereinstimmend ist Florentinus libro 7 institut. l. 36 D. h. t. 19, 2: Opus, quod aversione locatum est, donec adprobetur conductoris periculo est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculum est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. si tamen vi majore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam, quod sua cura atque opera consecutus esset. Dies wird ergänzt durch l. 37 D. h. t. 19, 2. Javolenus libro 6 ex Cassio: Si priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinuit, si tale opus fuit, ut probari deberet.

1) Tit. Dig. de lege Rhodia de jactu 14, 2, Paulli sent. II. 7, H.G.B. Art. 702—735, Goldschmidt in seiner Zeitschrift Bd. 35 S. 36, S. 321. Heck, d. Recht d. großen Haverei 1889, insbesondere S. 592. Dort siehe die Litteratur.

2) Der Ausdruck „Haverei" ist zum technischen für solchen Schaden und für das Rechtsinstitut geworden. Ist der Name arabischen Ursprungs? siehe Goldschmidt a. a. O. Anm. 1. Es handelt sich bei der Haverei in unserem Sinne um außerordentliche Aufwendungen. Die „ordinäre" oder „kleine" Haverei, d. h. Aufwendungen in mißlichen Lagen, die aber nichts Außergewöhnliches sind, z. B. Aufeisen, Nothwendigkeit eines Lootsen, hat der Rheder allein zu tragen, ohne daß er die Ladungsinteressenten wegen ihrer heranziehen darf. Von der „großen" oder „gemeinsamen" Haverei ferner ist die partikulare oder besondere zu unterscheiden. Dies sind Schäden, die den Einzelnen treffen. Es entsteht z. B. Feuer in der Waare eines der Befrachter, durch welches dieselbe zerstört wird.

ausladung begründet, welche in der durch die Befrachtung entstandenen thatsächlichen Gemeinschaft eine natürliche Grundlage hat.

Die Voraussetzungen der Austheilung des Schadens sind:

1. eine unmittelbare, Schiff und Ladung gemeinsam bedrohende Gefahr.

2. Zur Rettung gebrachte Opfer. Urfall ist das Auswerfen von Waaren über Bord;[3] aber auch alle anderen Rettungsmaßregeln des Schiffers gehören hierher, unter anderem Ueberladung von Waaren in Leichterschiffe, in denen sie zu Grunde gingen, Kappen der Masten oder andere Beschädigungen des Schiffes, Loskauf von Piraten.[4]

3. Die Maßregeln müssen vom Führer des Schiffes ausgegangen sein.[5]

4. Das Schiff muß erhalten bleiben, wie auch ein Theil der Ladung.[6]

Die Vertheilung des Schadens geschah in Rom dadurch, daß der Schiffer den Beitragspflichtigen entsprechende Abzüge zu machen und hieraus den Vergütungsberechtigten Ersatz zu leisten hatte.[7] Nach jetzigem Seerechte ist ein Vertheilungsplan — Dispache — durch amtlich angestellte Dispacheure aufzustellen,[8 9] auf Grund dessen die

---

3) l. D. h. t. 14, 2. Paulus libro 2 sententiarum: Lege Rhodia cavetur, ut, si levandae navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.

4) Beispiele enthalten l. 2 § 1, l. 3, l. 5 § 1 D. h. t. 14, 2, l. 4 pr. D. eod., l. 2 § 3 D. eod. Vgl. auch l. 4 § 2 D. eod. — H.G.B. Art. 708 zählt einzelne Fälle der großen Haverei auf, ohne erschöpfen zu wollen; dagegen macht die Bestimmung des Gesetzes darüber, was bei den von ihm aufgezählten Unfällen zur großen Haverei gehört, erschöpfendes Recht. R.O.H.G. Bd. 13 S. 407.

5) Ausdrücklich heben die römischen Quellen dies nicht hervor, es versteht sich von selbst. Anders Heck S. 594. Im neueren Seerecht ist hierüber kein Zweifel. H.G.B. Art. 702.

6) Paul. sent. II. 7, § 3, l. 4 pr. D. h. t. — l. 2 pr. D. eod. H.G.B. Art 705.

7) Paulus libro 34 ad edictum, l. 2 pr. D. h. t. 14, 2: Si laborante nave jactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent: is deinde cum reliquis, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest.

8) H.G.B. Art. 731.

9) Nach H.G.B. Art. 713 entscheidet bezüglich der geopferten und der geretteten Waaren der Verkaufswerth am Bestimmungsorte. So war es auch in Rom, wie Heck a. a. O. S. 604 nachgewiesen hat, während die herkömmliche Interpretation der l. 2 § 4 D. h. t. 14, 2 zu dem Ergebniß kam, daß die geopferten Waaren nach ihrem „Einkaufspreis" zu berechnen seien. Natürlich ist bezüglich der geopferten abzuziehen, was an Unkosten in Folge des Verlustes der Güter gespart wurde. — Nicht beitragspflichtig war in Rom Mundvorrath, l. 2 § 2 in fine D. h. t. 14, 2; etwas weiter geht Art. 725 des H.G.B.

Vergütungsberechtigten direkt Ansprüche gegen die Beitragspflichtigen erhalten. Doch haften dieselben zunächst nur mit dem geretteten Gute.[10]

Die Bestimmungen der lex Rhodia gelten auch für Flußschiffe.

Auf andere Fälle lassen sie sich nicht anwenden, denn sie beruhen nicht auf einem allgemeinen Principe, sondern auf den besonderen Verhältnissen der Frachtschifffahrt.[11]

V. Mandat. Verwandte Geschäfte. Negotiorum gestio.

a) Mandat.[1]

§ 115. Begriff des Mandates.

Die Uebernahme eines Auftrages — Mandates — ohne Lohn begründet gegenseitige Verbindlichkeiten zwischen dem Auftraggeber — dem Mandanten — und dem Beauftragten — dem Mandatar.[2]

Das Mandat hat vornehmlich Rechtshandlungen zum Gegenstande, seien dies nun Rechtsgeschäfte oder prozessualische Handlungen. Aber auch die Uebernahme von bloß thatsächlichen Leistungen ist Mandat, wenn sie nicht gegen Lohn geschieht.[3]

Das Mandat kann die Verwaltung eines ganzen Vermögens zum Inhalte haben, oder sich auf bestimmte Zweige desselben beziehen, oder auch einzelne Geschäfte betreffen.[4 5]

---

10) H.G.B. Art. 727 und 728.

11) Ausdehnung der Grundsätze der lex Rhodia auf alle Fälle, in welchen Jemand Sachen verschiedener Eigenthümer in Händen hat und die Sachen des Einen durch Aufopferung der Sachen des Anderen rettet, behauptet Windscheid Bd. 2 § 403 Anm. 13. Weiter noch geht Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 348. Vgl. gegen beide Goldschmidt a. a. O. S. 61. Er verwirft u. a. mit Recht die Anwendung der lex Rhodia auf einen Fall, in welchem der Kondukteur eines Postwagens Räubern, die ihn anfielen, einen miteingeladenen Geldbeutel behufs Rettung der anderen Poststücke auslieferte. Ebenso Heck a. a. O. S. 589.

1) Tit. I. de mandato 3, 26, Dig. mandati vel contra 17, 1, Cod. 4, 35.

2) Die Römer nennen den Auftraggeber „mandans“ oder „mandator“; für den Beauftragten hatten sie keine besondere Benennung; die vieldeutige Bezeichnung „procurator“ mußte aushelfen.

3) § 13 I. h. t. 3, 26 ... si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio. Neuere Gesetzgebungen beschränken meist das Mandat auf den Fall des Auftrages zu Rechtshandlungen.

4) Vgl. oben Bd. 1 § 119 Anm. 12 und 13.

5) Ein Mandat scheint seltsam, wonach der Mandatar seine eigene Sache an den Mandanten veräußern soll! Warum nicht lieber gleich Verkauf? Dennoch kommt es vor. Wenn man nämlich einem Miteigenthümer oder einem Miterben den Auf-

Nicht selten schließt das Mandat eine Vollmacht ein, d. h. die Ermächtigung, Rechtshandlungen mit der Wirkung vorzunehmen, als habe sie der Geschäftsherr selbst vollzogen.[6] Dann hat das Mandat nicht bloß Bedeutung zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten — nach innen —, sondern auch für dritte Personen — nach außen. Aber nicht jedes Mandat enthält eine derartige Vollmacht. Andrerseits giebt es im entwickelten Rechte zahlreiche Fälle von Vollmachten, ohne daß ein Auftrag besteht. Der Bevollmächtigte ist dann zu der bezüglichen Rechtshandlung befugt, ohne zu derselben verpflichtet zu sein.

Die Römer unterscheiden mandatum mea, aliena und tua gratia.[7]

a) Regelmäßig wird das Mandat im Interesse des Auftraggebers — mea gratia — ertheilt. Damit kann übrigens das Interesse eines Dritten oder auch des Beauftragten Hand in Hand gehen.

b) Das Mandat kann ferner gültigerweise im bloßen Interesse eines Dritten — aliena gratia — gegeben werden, so daß der Mandant ein selbständiges Interesse an der Ausführung nicht hat.

c) Dagegen ist das Mandat tua gratia, welches nur im Interesse des Beauftragten ertheilt wird, an sich ohne rechtliche Kraft.

Ein solcher Auftrag hat bloß die Bedeutung eines Rathes. Aus diesem kann der Ertheiler nur dann in Anspruch genommen werden, wenn er dolos handelte oder sich besonders verpflichtete.[8 9] Natürlich

---

trag giebt, die gemeinschaftliche Sache oder Erbschaft ganz für den Mandanten zu erwerben, so erstreckt sich das Mandat auch auf den eigenen Theil des Mandatars, l. 22 § 4, l. 34 § 1, l. 35, l. 36 D. h. t. Liegt hierin, wie Goldschmidt, Handbuch des H.R. 3. Aufl. Bd. 1 S. 78 lehrt, daß man in Rom bereits das „Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs" nach Art des modernen Handelsrechts kannte? Das ist durchaus unannehmbar, vgl. oben § 59 Anm. 7.

6) Laband in Goldschmidts Zeitschrift für Handelsrecht Bd. 10 S. 205, oben Bd. 1 § 119 Anm. 5.

7) l. 2 D. h. t. 17, 1, pr. § 1 und ff. I. h. t. 3, 26.

8) l. 2 § 6 D. h. t. 17, 1. Gajus libro 2 rerum cottidianarum... magis consilium est, quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui dabatur. Ebenso § 6 I. h. t. 3, 26. Der Ertheiler eines Rathes wird aus demselben verbunden: a) für den übeln Ausgang, wenn er böswillig schlecht rieth, l. 47 pr. D. de R. J. 50, 17, vgl. l. 10 § 7 D. h. t. 17, 1, ebenso b) wenn er für die Folgen des Rathes einzustehen versprach, l. 12 § 13 D. h. t. 17, 1, c) wegen jeder Verschuldung haftet, wer sorgfältigen Rath zugesagt hat. Die Uebernahme einer derartigen Verbindlichkeit ist zu unterstellen, wenn man gewerbemäßig Rath ertheilt und dies auch vorliegend gegen Vergütung that. Aber viel zu weit geht die Behauptung Bangerows Bd. 3 § 659, daß ohne Weiteres wegen Mangels an diligentia hafte, wer in seiner Eigenschaft als Kunstverständiger gefragt wurde und Rath ertheilte. Wenn ein solcher auf einem Spaziergange oder einem Balle von einem Bekannten gefragt

ist der Mandant aber dann haftbar, wenn der Beauftragte aus dem Mandate nicht ersehen konnte, daß es bloß in seinem Interesse ertheilt war, und es ausführte.

Das Mandat ist *unentgeltlich*,[10] kein Erwerbsgeschäft des Mandatars. Hierdurch unterscheidet es sich vom *Dienstvertrag*. Der Mandatar wird durch persönliche Beziehungen zum Mandanten z. B. Verwandtschaft, Freundschaft, Kollegialität zur Uebernahme des Auftrags bestimmt, nicht durch die Absicht, Geld zu verdienen. Allerdings kann ihm *Honorar* zugesagt sein.[11] Honorar ist aber etwas anderes als Lohn; es wird gewährt als Bezeigung der Dankbarkeit, als Anerkennung für die geleisteten Dienste, wie auch als eine Sustentation während der Zeit der Geschäftsbesorgung, nicht aber als Bezahlung.[12] Ob Honorar oder Lohn bedungen ist, läßt sich in der Regel nur aus den besondern Umständen des Falls entnehmen.

Bei der Thätigkeit als *Geistlicher*, *Lehrer* von Wissenschaft und Kunst, *Arzt*, *Rechtsanwalt* — operae liberales — kommen überwiegend unschätzbare Güter in Frage. Sie wird nicht bezahlt, sondern honorirt. Diese Dienstleistungen gehören daher nothwendig dem Mandate zu.[13]

---

wurde, mit dem er in keiner Geschäftsverbindung stand, haftet er sicher nur wegen etwaigen Dolus. Bei kaufmännischem Rath und Empfehlung gilt dasselbe. Vgl. R.O.H.G. Bd. 19 S. 197.

9) Wie sich zu den in Anm. 8 entwickelten Grundsätzen die l. 6 § 5 D. h. t. 17, 1 von Ulpianus libro 31 ad edictum verhalte, ist sehr bestritten: Plane si tibi mandavero, quod tua intererat, nulla erit mandati actio, nisi mea quoque interfuit: *aut*, *si non esses facturus*, *nisi ego mandassem*, etsi mea non interfuit tamen erit mandati actio. Man leitet hieraus häufig den Satz her, daß Rath und mandatum tua gratia den Rathenden verbinde, wenn der andere Theil bloß hierdurch zu der fraglichen Handlung bestimmt worden sei, spricht sich aber nicht darüber aus, wie dies festgestellt werden soll. Auf die unausgesprochenen *Gedanken* des Berathenen kann es keinenfalls ankommen. Die Entscheidung ist — man bemerke das Futurum — nur auf den Fall gemünzt, daß dem Rathgeber ausdrücklich vor der Ausführung *erklärt* wurde, daß man das Gerathene „nur mit Rücksicht auf den Rath thun werde". Wenn dazu der Rathgeber *schweigt*, so ist zu schließen, *daß er für den Erfolg seines Rathes einstehen wolle*. Es handelt sich hiernach um ein stillschweigendes Garantieversprechen. Andere Auffassungen siehe bei Vangerow Bd. 3 § 659 Ziff. 4 und Wächter, Pandekten Bd. 2 S. 451.

10) l. 1 § 4 D. h. t. 17, 1. Paulus libro 32 ad edictum: Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.

11) l. 6 pr. D. h. t. 17, 1. Das Honorar konnte in Rom nicht mit der a. mandati, sondern nur durch extraordinaria cognitio beigetrieben werden l. 7 D. h. t. 17, 1, l. 1 C. h. t. 4, 35, l. 1 pr. ff. D. de extraordin. cognitionibus 50, 17.

12) Löwenfeld in den Gutachten des Anwaltstandes zum Entwurf des B.G.B. S. 884.

13) Vgl. Löwenfeld a. a. O. und in den Münchener Festgaben für Planck,

§ 116. Die Verpflichtungen aus dem Mandat.

1. Die Verpflichtungen des Mandatars sind folgende:

a) Es liegt ihm sorgfältige und genaue Ausführung des übernommenen Auftrages ob, nicht einseitig nach seinem Wortlaute, sondern nach seinem erkennbaren Sinne. In der Regel hat er auch nachträglichen Anweisungen des Mandanten nachzukommen, sofern sie innerhalb des Rahmens des Auftrages bleiben. Willkürliche Abweichungen sind ihm nicht gestattet, auch wenn sie pekuniär vortheilhaft sein sollten, denn er ist Vertreter und nicht Herr des Geschäftes.[1] Aendern sich jedoch die Umstände, welche den Auftrag bestimmten, so hat der Beauftragte die Entscheidung des Geschäftsherrn einzuholen, soweit dies aber nicht thunlich ist, in dessen Sinne zu handeln.

Vollführung des Auftrages durch Andere — Substituten — ist dem Mandatar gestattet, es sei denn persönliche Thätigkeit vorgeschrieben oder nach der Natur des Geschäftes selbstverständlich geboten.[2] Auch in diesen Fällen ist ihm bei eigener Verhinderung im Nothfalle Substitution verstattet, und unter Umständen Pflicht. Wer berechtigterweise zur Ausführung des Auftrages Substituten verwendete, haftet nur für eigenes Verschulden, insbesondere in der Auswahl oder Instruirung der Substituten; wer unberechtigterweise Substituten annahm, haftet für jeden hieraus entspringenden Schaden und steht insbesondere für deren Versehen wie für die eigenen ein.

b) Jede Verschuldung, die ihm bei Ausführung des Geschäftes oder in dessen Versäumniß zur Last fällt, macht den Mandatar schadensersatzpflichtig.[3]

Inästimabilität und Honorirung der operae liberales 1887 S. 387 ff. Es besteht der Unterschied vom gewöhnlichen Mandat, daß der Geistliche, Lehrer u. s. f. in der Ausführung keineswegs schlechthin an die Anweisungen des Geschäftsherrn gebunden ist, vielmehr ihm gegenüber seinerseits eine autoritative Stellung einnimmt um den Vorschriften der Religion, Wissenschaft, Kunst Geltung zu verschaffen. Hefke, der Arzt, Darmstadt 1886.

1) l. 5 § 1 D. h. t. 17, 1. Paulus libro 32 ad edictum: Itaque si mandavero tibi, ut domum Sejanam centum emeres tuque Titianam emeris, longe majoris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implesse mandatum.

2) Vgl. l. 8 § 3 D. h. t. 17, 1, cap. 1 § 2 und cap. 9 in VI de procuratoribus 1, 19; Goldschmidt, Zeitschrift für H.R. Bd. 16 S. 309. Anders Windscheid Bd. 2 § 410 Anm. 4. Zwischen dem Auftraggeber und dem Substituten erwachsen in Folge der Geschäftsführung des Letzteren a. negotiorum gestorum, l. 5 § 4 D. de neg. gest. 3, 5. Es kommt aber auch vor, daß der Mandatar im Namen und für Rechnung seiner Mandanten dem Substituten das Mandat giebt, dieser also Mandatar des ersten Mandanten wird. Vgl. auch R.O.H.G. Bd. 24 S. 198.

3) l. 11, l. 13, l. 21 C. h. t. 4, 35, l. 23 D. de R. J. 50, 17. Vgl. aber auch collatio legum Rom. et Mos. X § 3. Siehe oben Bd. 2 § 37 Ziff. 2.

c) Was er in Folge des Mandates erhielt, hat er dem Mandanten zu erstatten, auch wenn der Mandant an sich kein Recht auf die Einnahme hatte.[4] Daher hat er einkassirte Zahlungen auf vermeinte, in der That nicht bestehende Forderungen des Mandanten in Rechnung zu stellen;[5][6] Früchte und Zinsen, die er von dem verwalteten Vermögen zog oder die er hätte ziehen sollen, hat er zu vergüten; nicht minder muß er die dem Mandanten gebührenden Gelder dann verzinsen, wenn er sie in seinen eigenen Vortheil verwendete.[7]

Auch die Herausgabe von Dokumenten liegt ihm ob, die er in Folge des Mandates in Händen hat; insbesondere hat er seine Vollmachtsurkunde nach Beendigung des Mandates zurückzuliefern.[8]

d) Der Mandatar hat dem Mandanten in angemessener Weise Auskunft und Rechenschaft über die Ausführung des Auftrages zu geben, nach Bedürfniß eine förmliche Rechnung mit den nöthigen Belegen zu stellen.[9]

Die Klage des Mandanten gegen den Mandatar ist die actio mandati directa.

2. Der Mandant ist dem Mandatar vorzugsweise zur Schadloshaltung verbunden.

a) Er hat ihm die Auslagen zu ersetzen, welche der Mandatar bona fide und verständigerweise machte, selbst wenn sie keinen Erfolg

---

4) l. 20 pr. D. h. t. 17, 1. Paulus libro 11 ad Sabinum: Ex mandato apud eum, qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit.

5) l. 46 § 4 D. de procuratoribus 3, 3, l. 10 §§ 2 und 3, l. 8 D. h. t. 17, 1.

6) Wie weit man zu gehen hat, ist eine interessante, praktisch wichtige Frage. Der Egoismus der Bevollmächtigten und die Neigung des Verkehrs, die Dinge bequem und lax zu behandeln, sucht das Maß herunterzudrücken, aber das Recht erfüllt seine hohe und sittenreinigende Aufgabe, wenn es den Standpunkt skrupuloser Redlichkeit und vollkommener Anständigkeit gleichwohl festhält. Der Bevollmächtigte hat daher namentlich Extraprovisionen und Geschenke, womit ihn der dritte Kontrahent wegen des Abschlusses aufgetragener Geschäfte mit ihm zu belohnen sucht, auch wenn er redlich handelte und der Verdacht der Bestechung fern liegt, den Mandanten in Rechnung zu stellen. R.G. Bd. 4 S. 290. Natürlich gilt dies auch für Handlungsgehülfen. Geschäfte, die der Mandatar bei Gelegenheit der Ausführung des Auftrages schließt, gehen dagegen den Mandanten nichts an.

7) l. 10 § 3 D. h. t. 17, 1. Es wird nicht unterschieden, ob die Verwendung unerlaubt oder erlaubt war.

8) R.G. Bd. 3 S. 186.

9) l. 46 § 4 D. de procuratoribus 3, 3, l. 56 § 2 D. h. t. 17, 1, vgl. l. 111 D. de cond. et dem. 35, 1. R.O.H.G. Bd. 6 S. 215. Ueber die Verpflichtung zur Rechnungsablage vgl. namentlich Bähr in Iherings Jahrb. Bd. 13 n. 6. Ihr nothwendiges Korrelat ist, daß, wie dies ältere Praktiker und Bähr lehren, „der Rechnungsleger die Vollständigkeit der abgelegten Rechnung in den Einnahmen eidlich zu bestärken hat". Nimmt man dies nicht an, so ist die Pflicht zur Rechnungslegung ein Messer ohne Klinge. Denn der Mandatar könnte dann mit der nichtsnutzigsten Rechnung abkommen.

hatten und auch wenn etwa der Mandant sparsamer gewesen wäre.[10] Er muß diese Auslagen zudem verzinsen.[11] Auch hat er Vorschüsse wegen voraussichtlicher Auslagen zu leisten.[12]

Hat der Mandatar seinen Auftrag überschritten, so kann er trotzdem Erstattung seiner Auslagen fordern, wenn er seine Ansprüche nach den Grenzen des Mandates ermäßigt und gleichwohl dem Mandanten alles anbietet, was derselbe bei genauer Einhaltung des Mandates gehabt hatte. Dies gilt namentlich, wenn er zwar das Preislimitum bei einem aufgetragenen Einkauf überschritt, aber dem Mandanten das Eingekaufte für den limitirten Preis belassen will.[13]

b) *Verschuldung* des Mandanten macht ihn dem Mandatar schadensersatzpflichtig. Aber für *zufälligen Schaden*, welcher dem Mandatar bei Ausführung des Auftrages zustieß, hat er nicht aufzukommen.[14 15]

---

10) l. 12 §§ 7 ff., l. 45, l. 12 § 9 D. h. t. 17, 1. Selbst in Folge entschuldbaren Irrthums gemachte Aufwendungen darf der Mandatar anrechnen. l. 29 §§ 1 ff., l. 51 D. h. t. 17, 1.

11) l. 12 § 9 D. h. t. 17, 1.

12) l. 12 § 17, l. 45 pr. D. h. t. 17, 1.

13) § 8 l. h. t. 3, 26, Gajus III § 161, l. 3 § 2 und 4 D. h. t. 17, 1. Dies war die Ansicht des Prokulus, während Sabinus und Cassius in solchem Falle dem Mandatar die actio mandati versagten, weil das Mandat nicht vollführt war.

14) l. 26 § 6 D. h. t. 17, 1. Paulus libro 32 ad edictum: Non omnia, quae impensurus non fuit mandator, imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus aut naufragio res amiserit vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit: nam haec magis casibus quam mandato imputari oportet. l. 62 § 5 D. de furtis 47, 2. Das Princip ist nicht unbedenklich. Schon die Glosse „mandato" zu l. 26 § 6 D. mandati bemerkt: „item nec hic § de curialitate debet servari". Manche ältere gemeinrechtliche Schriftsteller wollten hiernach eine Verantwortlichkeit des Mandanten für Schäden, die dem Mandatar bei Ausführung seines Auftrages zufälligerweise zustießen, anerkennen. Doch dieser Gedanke ist derzeit im gemeinen Rechte verschollen. Vgl. noch Koppel, Haftung des Auftraggebers für zufälligen Schaden. Inauguraldissert. Breslau 1886.

15) Wie, wenn ein Auftrag falsch übermittelt wird? Ein Fall dieser Art (vgl. Ztschr. f. dtsch. Recht Bd. 19 S. 456 ff.) machte in den fünfziger Jahren besonderes Aufsehen. Während die Kurse an den Börsen auf und nieder schwankten, gab ein Bankhaus den Auftrag, gewisse Papiere „zu kaufen". Die Telegraphenanstalt übermittelte „zu verkaufen". Dies wurde ausgeführt. Es entstand ein erheblicher Schaden. Konnte der Beauftragte Ersatz fordern? Dagegen sprach, daß ein Vertrag des Mandatars mit dem Mandanten über das Kaufgeschäft wegen wesentlichen Irrthums nicht zu Stande gekommen war. Vgl. oben Bd. 1 § 101. Auch eine culpa in contrahendo konnte nicht, wie man wohl vermeinte, auf Seiten des Auftraggebers darin gefunden werden, daß er sich des Telegraphen bediente. Dennoch haben die bei weitem meisten Schriftsteller die Entschädigungspflicht des Auftraggebers angenommen. Vgl. Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 4 S. 83, Windscheid Bd. 2 § 209 Anm. 5 und dort Citirte, Bernice in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 25 S. 182. Das Rechtsgefühl scheint hierfür zu sprechen, die juristische Rechtfertigung ist schwierig. Auch gehen die Ansichten über sie sehr auseinander. Man wird sie aus der Eigenthümlichkeit des Mandates gewinnen müssen. Der Mandant setzt die Thätigkeit des Mandatars in Bewegung, und zwar für seine Zwecke und so, daß er unmittelbare

c) Dem Mandanten liegt endlich Zahlung des vereinbarten oder gesetzlichen oder ortsüblichen Honorars ob, und zwar in der Regel nach Beendigung des Geschäftes.

Der Mandatar klagt gegen den Mandanten mit der actio mandati contraria.

Mehrere Mandatare sind solidarisch zur Ausführung des Auftrages verbunden und mehrere Mandanten stehen dem Mandatar solidarisch ein.[16]

§ 117. Erlöschen des Mandates.

Das Mandat findet sein natürliches Ende mit der Vollendung des aufgetragenen Geschäftes, sowie mit dem Herankommen eines dem Auftrag gesetzten Endtermins und dem Eintritte einer ihm eingefügten auflösenden Bedingung, endlich auch durch die Unmöglichkeit seiner Vollführung.

Nach besonderem Mandatsrechte endigt es weiter, weil es eine auf Vertrauen gegründete persönliche Beziehung anknüpft:

a) Durch Kündigung eines der beiden Theile.

Insbesondere darf der Mandant den Auftrag jederzeit widerrufen. Das Mandat endigt daher, sowie der Mandatar den Widerruf erfährt,[1] es sei ihm denn die Abwickelung des Angefangenen belassen. Dies ändert sich nicht durch vertragsmäßigen Verzicht des Mandanten auf den Widerruf, wohl aber hat er zur Folge, daß das Honorar für die volle kontraktmäßige Zeit geschuldet wird.[2]

Auch der Mandatar hat das Recht der Kündigung. Geschieht sie jedoch unzeitig, so daß der Geschäftsherr nicht mehr anderweit vorsorgen kann, so wird der Mandatar schadensersatzpflichtig. Nur aus wichtigen Gründen darf er auch unzeitig kündigen.[3]

b) Ferner ist der Tod eines der Betheiligten Erlöschungsgrund.

Das Mandat erlischt also regelmäßig mit dem Tode des Mandanten; doch muß dieser zur Kenntniß des Mandatars gekommen

---

Ausführung verlangt. Da fordert es die bona fides, daß er die Deckung einer durch unrichtige Uebermittelung seiner Aufträge entstehenden Benachtheiligung übernimmt. Er gilt daher insoweit als Vertragsschuldner. Im Falle der Propositition eines Kaufgeschäftes läge der Fall wohl anders.

16) l. 59 § 3 D. h. t. 17, 1.

1) l. 15 D. h. t. 17, 1.

2) R.O.H.G. Bd. 6 S. 180, Bd. 23 S. 324. R.G. Bd. 3 S. 186.

3) l. 22 § 11 D. h. t. 17, 1, l. 23—25 D. eod.; z. B. der Mandant giebt dringende Veranlassung zur Kündigung oder der Mandatar wird durch schwere Krankheit verhindert.

sein,[4] und Angefangenes zu vollenden, wird auch jetzt noch für ihn Pflicht und Recht sein. Bereits das römische Recht ließ Mandate für Geschäfte zu, welche erst nach dem Tode des Mandanten besorgt werden sollten.[5] Heutzutage ist einer ausdrücklichen Erstreckung auf die Erben des Mandanten die Anerkennung nicht zu versagen. Ja, bei Vollmachten an Rechtsanwälte zu Prozessen[6] und bei solchen für ein Handelsgewerbe[7] gilt die Erstreckung auf die Erben als selbstverständlich.

Mit dem Tode des Mandatars erlischt das Mandat, doch haben dessen Erben dem Mandanten den Todesfall ungesäumt mitzutheilen, ferner in Nothfällen Angefangenes zu vollenden.[8]

Die Endigung des Mandates berührt die bereits aus ihm erwachsenen Verbindlichkeiten nicht, sie hindert nur die Entstehung weiterer Mandatspflichten.

Mit dem Mandat erlischt auch die Vollmacht, die in ihm liegt.[9]

b) Unterarten des Mandates und verwandte Geschäfte.

§ 118. Garantieverträge.

Die Kehrseite des Mandates ist das Versprechen des Mandanten, dem Mandatar die Auslagen des ausgeführten Geschäftes zu ersetzen. Solche Garantie kann sogar den Hauptzweck bei Ertheilung des Mandates bilden. Sie wird auch häufig selbständig übernommen.

1. Der Kreditauftrag — mandatum qualificatum — vor Allem hat sein Schwergewicht in der Uebernahme einer Garantie. Er besteht in dem Auftrage, einem Dritten zu kreditiren, womit man Schadloshaltung wegen der Kreditgewährung verspricht. So entsteht der Effekt einer Bürgschaft.[1]

2. Selbständiger Art sind die Garantieverträge,[2] welche die Unter-

---

4) l. 26 pr. D. h. t. 17, 1, l. 15 C. h. t. 4, 35.

5) l. 12 § 17, 1, l. 18 D. h. t. 17, 1, siehe freilich auch l. 108 D. de solut. 46, 3. Vgl. Zimmern, über den nach dem Tode des Mandators zu vollziehenden Auftrag im Archiv für civ. Praxis Bd. 4 n. 19, und Vangerow Bd. 3 § 662.

6) Vgl. C.P.O. § 82.

7) H.G.B. Art. 54 Abs. 2, Art. 297.

8) Vgl. l. 1 pr. D. de fidejussorib. et nominat. 27, 7, l. 40 D. pro socio 17, 2.

9) Das Nähere siehe oben Bd. 1 § 119 Anm. 6 ff.

1) Vgl. oben Bd. 2 § 77.

2) Stammler, der Garantievertrag im Archiv für civ. Praxis Bd. 69 n. 1.

stützung geplanter Unternehmen dadurch bezwecken, daß man deren Risiko ganz oder theilweise auf sich nimmt.

Dahin gehört namentlich die Garantie gegen Ausfälle für den Fall, daß die Einnahmen von künstlerischen oder gewerblichen Ausstellungen die Kosten nicht decken sollten, sowie die Zinsgarantien von Staaten oder von Korporationen zu Gunsten von Eisenbahngesellschaften oder von anderen Unternehmern.

Der Garantirende ist hier nicht Mandant, er erhält kein Recht auf die Ausführung des Unternehmens, aber er sucht es im privaten oder öffentlichen Interesse zu fördern durch die Uebernahme der Garantie.

Sorgfalt in der Herstellung und Betreibung des Unternehmens ist in der Regel stillschweigende Bedingung der Garantie.

Unerwartete Unfälle belasten den Garantirenden.

§ 119. Die Anweisung.[1][2]

Viele sehen in der Anweisung zur Erhebung einer Zahlung bei einem Dritten zwei Mandate, nämlich ein erstes an den Angewiesenen zur Einziehung — mandatum accipiendi, Inkassomandat — und ein zweites an den Ueberwiesenen zur Leistung der Zahlung — mandatum solvendi.[3]

Diese Auffassung ist unzutreffend. Ein Mandat zur Erhebung einer Zahlung liegt in der Anweisung keineswegs nothwendig.

Unter einer Anweisung ist vielmehr zu verstehen die seitens des Anweisenden — des Assignanten — dem Angewiesenen — dem Assignatar — ertheilte Ermächtigung, Geld oder andere Werthe bei einem Dritten — dem Ueber-

1) Die Römer wendeten den Ausdruck „delegatio", welchen sie bei sehr verschiedenen Geschäftsoperationen verwertheten, auch auf Fälle der Anweisung zur Zahlung an. Dies ist nicht mehr gebräuchlich, dagegen nennt der kaufmännische Sprachgebrauch seit mehreren Jahrhunderten solche Geschäfte „Assignationen" oder „Anweisungen". Wir erblicken hierin einen Fortschritt, weil es zweckmäßig war, dem besonderen Verhältniß einen besonderen Namen zu geben. Eine direkte Beantwortung der vielfach streitigen und schwierigen Fragen, die sich bei der Anweisung erheben, ist in den römischen Rechtsquellen nicht enthalten. Nur in einem Punkte findet sich eine Entscheidung, sie aber entspricht der heutigen Verkehrsauffassung nicht und ist unanwendbar; vgl. unten Anm. 10. Die Theorie der Anweisung ist daher theils aus allgemeinen Grundsätzen, theils aus der Beobachtung der Anschauungen des Verkehrs zu gewinnen.

2) Die Litteratur ist eine reiche. Sie findet sich bei Georg Cohn in Endemanns Handbuch des Handelsrechtes Bd. 3 S. 1093 zusammengestellt.

3) Die Lehre des Doppelmandates war lange Zeit die herrschende. Ihr huldigte u. A. Thöl, H.R. Bd. 1 § 325; siehe dagegen die bei G. Cohn a. a. O. S. 1097 angeführten Schriftsteller. Gegen die Theorie des Doppelmandates spricht sich auch R.G. Bd. 11 S. 138 aus.

wiesenen oder Assignaten — auf Rechnung des Anweisenden zu erheben.

Sie giebt also dem Angewiesenen eine Ermächtigung zur Einziehung; dieselbe kann allerdings im Interesse des Anweisenden geschehen, so daß der Angewiesene dessen Mandatar ist. Aber sehr häufig erfolgt sie im Interesse beider Theile. Sie kann auch bloß im Interesse des Angewiesenen sein, z. B. behufs einer Kreditirung oder auch einer Schenkung, die ihm der Anweisende durch das Medium der Anweisung zu machen gedenkt.

Dagegen wird allerdings mittels der Anweisung dem Ueberwiesenen in der Regel ein Mandat zur Zahlung ertheilt.[4]

Häufig ist der Anweisende Schuldner des Angewiesenen und der Ueberwiesene Schuldner des Anweisenden. Doch ist auch dies nichts dem Verhältniß Wesentliches.

Aus diesem Allem ergiebt sich, daß die Anweisung bei Geschäften verschiedener Art eine Rolle spielt. Hiernach sind auch die Rechtsfolgen, welche sich an sie knüpfen, verschiedene.

a) Welche Verpflichtungen übernimmt der Anweisende gegenüber dem Angewiesenen durch Ertheilung der Anweisung bezüglich des Einganges der Zahlung? Eine Garantie hierfür liegt ihm nur ob, wenn er sie ausdrücklich übernimmt oder wenn deren Uebernahme, weil sie verkehrsüblich ist, unterstellt werden muß. Das Letztere ist in der Regel der Fall, wenn die Anweisung gegen Entgelt ertheilt wird.[5]

b) Ist der Angewiesene dem Anweisenden zu prompter Einforderung verbunden? Dies ist dann selbstverständlich, wenn er Inkassomandatar des Anweisenden ist. Es ist aber auch sonst als Absicht zu unterstellen, wenn es sich um Einkassirung eines Ausstandes des Anweisenden gegen den Ueberwiesenen handelt.[6][7]

---

4) Ob die Anweisung immer ein besonderes mandatum solvendi des Anweisenden an den Ueberwiesenen bildet, läßt sich bezweifeln, siehe hiergegen mein preuß. P.R. Bd. 2 § 52, aber auch Cohn a. a. O. S. 1098 Anm. 27. Indessen bildet das Solutionsmandat derart die Regel, daß hier von anderen Kombinationen abgesehen werden kann.

5) Einverständniß herrscht darüber, daß die Nichthonorirung der Anweisung nicht ohne weiteres einen Regreß des Angewiesenen gegen den Anweisenden begründet, vgl. R.O.H.G. Bd. 13 S. 313 Wann aber in der Ertheilung der Anweisung zugleich stillschweigend die Uebernahme einer Garantie für den Eingang liegt, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander, vgl. Cohn a. a. O. S. 1106. Es handelt sich um die Würdigung einer Verkehrsgewohnheit.

6) Indem der Anweisende auf seinen Schuldner anweist, stellt er dem Angewiesenen in Aussicht, daß er selbst den Ausstand nicht einziehen werde. Es ist sachgemäß und daher als die Absicht der Kontrahenten anzusehen, daß andererseits der Assignatar mit dem Versuch der Einziehung prompt vorgeht.

c) Ist der Ueberwiesene dem Anweisenden gegenüber zur Honorirung der Anweisung verbunden? Dies ist selbst dann nicht der Fall, wenn er dessen Schuldner ist. Vielmehr setzt es voraus, daß der Ueberwiesene das in ihr liegende Zahlungsmandat dem Anweisenden gegenüber übernahm.

d) Der Angewiesene erhält durch die Anweisung keine Klagerechte gegen den Ueberwiesenen.[8]

Er hat solche selbst dann nicht, wenn der Ueberwiesene dem Anweisenden zur Honorirung der Anweisung verbunden war.

Der Ueberwiesene kann aber dem Angewiesenen Zahlung durch s. g. Annahme der Anweisung versprechen. Er ist dann nach Maßgabe seines Annahmeversprechens gebunden.[9 10]

e) Der Ueberwiesene hat Regreß gegen den Anweisenden, wenn er die Anweisung dessen Auftrag gemäß honorirt hat. Er hat solchen nicht, wenn ihm vorher ein Widerruf zukam.[11]

---

7) Wird eine Anweisung behufs Tilgung einer Forderung — zahlungshalber — gegeben, so kann der Assignatar jene Forderung — darüber ist man wohl einverstanden — nur dann noch geltend machen, wenn er von dem Ueberwiesenen trotz rechtzeitiger Einforderung keine Zahlung erlangen konnte. Die Geltendmachung der Forderung gegenüber dem Schuldner wird also im Falle der Annahme einer Anweisung zahlungshalber bedingt durch die Nichthonorirung der Anweisung seitens des Ueberwiesenen.

8) Insbesondere kann der Assignatar auch dann gegen den Ueberwiesenen nicht klagen, wenn der Anweisende eine Forderung gegen den Ueberwiesenen hatte. Damit er die Forderung des Anweisenden gegen den Ueberwiesenen einklagen kann, muß sie ihm cedirt sein.

9) Die Acceptation kann in verschiedenem Sinne erfolgen: a) der Ueberwiesene verpflichtet sich unbedingt, die Summe, um die es sich handelt, zu zahlen. Er ist dann dem Angewiesenen verpflichtet, ohne ihm gegenüber Einwendungen aus seinem Verhältniß zum Anweisenden entnehmen zu können; oder b) der Ueberwiesene verspricht dem Angewiesenen nur, was er — der Ueberwiesene — dem Anweisenden schuldig ist. Dann darf er natürlich dem Angewiesenen trotz solcher Acceptation alle Einreden entgegenstellen, welche er dem Anweisenden gegenüber hat und erwirbt.

10) Die Römer stellten den Satz auf „qui delegat solvit", d. h. wenn N., der Schuldner des A., diesem zahlungshalber eine Anweisung auf den X. gab und wenn X. in Erfüllung dieser Anweisung dem A promittirte, dann galt die Forderung des A. gegen den N. als getilgt, l. 187 D. de V. S. 50, 16, l. 18 D. de fidejussoribus 46, 1, l. 26 § 2 D. mandati 17, 1: Salpius, Novation und Delegation § 76, dagegen Windscheid Bd. 2 § 412 Anm. 17. Die Römer waren der Konkurrenz zweier Forderungen auf dasselbe Ziel abgeneigt. Daher entwickelte sich dieser Satz. Nach gemeinem Rechte gilt dagegen der Spruch „Anweisung ist keine Zahlung". Der Assignatar hat daher nach dem Accept zwei Forderungen, eine unbedingte gegen den Acceptanten und eine eventuelle — durch das Nichteingehen der Forderung gegen den Acceptanten trotz ordentlicher Beitreibung bedingte — gegen seinen ursprünglichen Schuldner.

11) Zweifelhaft ist, ob der Ueberwiesene, welchem eine erst inskünftige, z. B. nach 6 Monaten fällige Anweisung vorgelegt wird, dem Anweisenden gegenüber befugt ist, schon jetzt unbedingt zu acceptiren, ob er also, wenn der Anweisende inzwischen noch die Anweisung widerruft, gegen ihn gleichwohl einen Rückgriff um deswillen hat, weil er dem Angewiesenen gegenüber durch

§ 120. Der Trödelvertrag.[1]

Durch Geschäfte sehr verschiedener Art stellen wir Andere zum Verkauf unserer Waaren an. Uebernehmen dieselben den Verkauf ohne Entgelt, so liegt ein Mandat vor, geschieht es gegen Entgelt, ein Miethkontrakt; wird der Verkauf als gemeinschaftliche Angelegenheit behandelt, so ist eine Societät vorhanden.[2] Ein besonderer Vertrag *behufs* Betriebes des Verkaufes ist der Trödelvertrag.[3]

Beim Trödelvertrag übergiebt man eine Sache dem Trödler zum Verkaufe unter einer Taxe mit der Vereinbarung, daß er die Sache oder die Taxsumme zurückgiebt.[4] Dem Trödler verbleibt sein Mehrerlös über die Taxsumme; hierdurch ist er beim Verkauf mitinteressirt.[5] Daneben kann ihm eine feste Vergütung zugebilligt sein.[6]

Der Trödler wird nicht Eigenthümer der Sache; er erhält sie nur zum Vertrödeln,[7] aber er ist ermächtigt, ihr Eigenthum zu übertragen oder auch sie gegen Erstattung der Taxsumme für sich zu behalten.

---

seine Annahme unbedingt zu Zahlung verpflichtet wurde? Es ist klar, daß in der vorzeitigen Acceptirung eine Ueberschreitung des ertheilten Mandates liegt, daß daher im Falle des Widerrufs der Ueberwiesene nicht regreßberechtigt ist, es sei denn, was allerdings häufig angenommen werden muß, in den bezüglichen Verkehrskreisen Uebung, daß derartige Anweisungen auch vor dem Verfall bindend acceptirt werden dürfen, so daß dies als dem Auftrag des Anweisenden bei der Mandatertheilung entsprechend anzusehen ist. R.O.H.G. Bd. 1 S. 69.

1) Tit. Dig. de aestimatoria 19, 3; Chambon, Beiträge z. Obligationenrecht n. 1; Brinz, kritische Blätter n. 1; Lipp, Beitrag z. L. v. Trödelvertrag 1880; Friedrichs, Trödelvertrag. Bresl. Inauguraldiss. 1890.

2) Vgl. l. 1 pr. D. h. t. 19, 3.

3) Für den Trödelvertrag stellte der Prätor eine eigene Klage, die actio de aestimato auf, welche als Vorbild für die actiones praescriptis verbis aus anderen Innominatkontrakten diente. Vgl. oben Bd. 2 § 7 Anm. 15. Hierauf zielten die Ausführungen von Ulpian in der l. 1 pr. D. h. t. von den Worten „quotiens" an, welche freilich, wie wir sie jetzt lesen, von den Kompilatoren arg zugerichtet wurden. Siehe Lenel, edictum S. 239 und die dort Anm. 2 Citirten.

4) Die Römer behandelten den Trödelvertrag als Innominatkontrakt, welcher nur durch Hingabe klagbar wurde. Im heutigen Rechte ist schon der Vertrag über das Vertrödeln klagbar. Es ist für den Trödelvertrag nicht wesentlich, daß der Hingebende Eigenthümer sei. Da er dies aber in der Regel ist, so darf er — a *fortiori* — wie dies im Text geschieht, als der Eigenthümer bezeichnet werden.

5) Der Trödler ist nicht verpflichtet, sich um den Verkauf zu bemühen, wenn dies nicht besonders ausgemacht wird; er ist genügend durch die Aussicht auf den zu machenden Gewinn angespornt. Anderer Ansicht ist u. A. Windscheid Bd. 2 § 383.

6) l. 2 D. h. t. 19, 3.

7) Dafür, daß der Trödler nicht Eigenthümer wird, spricht, daß ihm die Sache nur „vendenda" gegeben wird. Siehe auch l. 5 §. 18 D. de tributoria 14, 4. Doch ist die Frage des Eigenthumsüberganges nicht unbestritten.

Der Trödler steht für Verschuldung ein. Die Gefahr des Zufalls trifft ihn nur dann, wenn er den Verkauf in seinem Interesse erbeten hat.[8]

Der Eigenthümer kann, wenn eine Frist für das Vertrödeln festgestellt wurde, nach deren Ablauf klagen, sonst nach angemessener Frist, außerdem aber, sobald der Trödler verkauft hat.

Die Klage geht alternativ auf Rückgabe der Sache oder der Taxsumme, wenn der Trödler nicht verkauft, noch auch das Behalten der Sache angezeigt hat. Geschah dies, so ist einfach auf Zahlung der Taxsumme zu klagen.[9] [10]

c) Die negotiorum gestio.[1]

§ 121. Allgemeines über die negotiorum gestio.

Die auftraglose Besorgung fremder Geschäfte begründet gegenseitige Obligationen zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn, welche zwar

---

8) Sehr bestritten ist die Gefahr. Dem Trödler scheint die Gefahr aufzulegen Ulpianus libro 32 ad edictum l. 1 § 1 h. t. Aestimatio autem periculum facit ejus, qui suscepit: aut igitur ipsam rem debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit. Und doch schreibt Ulpian in demselben Werke libro 28 ad edictum l. 17 § 1 D. de praescriptis verbis 19, 5: Si margarita tibi aestimata dedero, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde ea perierint ante venditionem, cujus periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam praestes. Mit der letzteren Entscheidung stimmt Paulus sent. II. 4 § 4 überein. Analog ist ihr l. 11 pr. D. de rebus creditis 12, 1 von Ulpian. Wie die widersprechenden Entscheidungen zu vereinigen sind, wird ewig zweifelhaft bleiben. Meine Meinung geht dahin, daß Ulpian in der l. 1 § 1 D. h. t. den allgemeinen Satz für den Fall der Uebergabe einer Sache unter einer Schätzung ausspricht, daß die Gefahr der ästimirten Sache auf den Empfänger übergeht. In der That trifft derselbe in der Regel zu, vgl. auch l. 5 § 3 D. commodati 13, 6. Nur für den Trödelvertrag paßt er nach der Besonderheit des Verhältnisses nicht, weil der Trödler vorzugsweise für den Eigenthümer thätig ist, für diesen handelt. Dies mag Ulpian im Laufe der Erörterung selbst bemerkt haben; von den Kompilatoren aber wurde das Weitere unvorsichtigerweise gestrichen, da sie die Ausführung Ulpians an diesem Orte überhaupt sehr verkürzten. Jedenfalls ist eine derartige Vereinigung im Sinne der justinianischen Kompilation zutreffend. — Von einem „rogare“ seitens des Trödlers wird man nur reden können, wenn er das Geschäft in seinem Interesse veranlaßte.

9) Quellenmäßig lassen sich diese Sätze nicht belegen.

10) Als besondere Art des Trödelvertrages erscheint das „buchhändlerische Konditionsgeschäft“, bei welchem der Verleger dem Sortimenter Verlagsartikel zum Verkauf übermacht unter der Verpflichtung, dieselben entweder ordnungsmäßig zu remittiren oder zur Ostermesse zum angesetzten Preise zu bezahlen. Dies Geschäft enthält die wesentlichen Charakterzüge des Trödelvertrages, nämlich einmal die Uebermachung einer „res vendenda“ und zweitens die Verbindlichkeit, die Waare oder eine festgesetzte Summe zurückzugeben. Daß außerdem das Konditionsgeschäft

nicht auf Kontrakt beruhen, aber ihrem Inhalt nach den Obligationen aus dem Mandate so ähnlich sind, daß sie ihnen zweckmäßig angereiht werden.

Das prätorische Edikt, dem diese Ansprüche ihre Klagbarkeit verdanken, lautete in der allgemeinsten Weise: si quis negotia alterius gesserit, judicium eo nomine dabo.[2]

Dieser Fassung entsprach auch die demonstratio der actio negotiorum directa des Geschäftsherrn gegen den Geschäftsführer und der actio contraria des Geschäftsführers gegen den Geschäftsherrn. Aber die intentio dieser Klagen machte doch die Verurtheilung davon abhängig, daß etwas auf Grund solcher Geschäftsführung „ex fide bona" zu leisten war. Damit wurde der Richter zur sachentsprechenden Begrenzung des Thatbestandes ermächtigt und verpflichtet.

Ursprünglich begriff das Edikt — dies ergiebt seine allgemeine Fassung — auch die Fälle in sich, in welchen ein Mandatar, ein Tutor oder Protutor fremde Geschäfte geführt hatte.[3] Doch diese Fälle wurden frühzeitig ausgeschieden, indem besondere Klagen für sie aufgestellt wurden.[4 5]

---

auch seine besonderen usancemäßigen Eigenthümlichkeiten hat, ist unzweifelhaft. Vgl. namentlich Buhl, das Konditionsgeschäft in Goldschmidts Zeitschrift Bd. 5 S. 142. Weidling, das Konditionsgeschäft 1885, betrachtet den Konditionshandel „als suspensiv bedingtes Kaufgeschäft". Vgl. auch Friedrichs a. a. O.

1) Tit. Dig. de negotiis gestis 3, 5, Cod. 2, 18; Wächter im Archiv f. civ. Praxis Bd. 20 n. 11; Chambon, die n. g. 1848. Ruhstrat schrieb Aufsätze über n. g. im Archiv f. civ. Praxis Bd. 32 n. 7 (1840), Bd. 33 n. 2 und 9, Bd. 34 n. 3, Bd. 64 n. 2, ferner ein Buch 1858 und den Aufsatz in Iherings Jahrbüchern Bd. 19 n. 6 sowie Bd. 27 n. 2; Dankwardt, die n. g.; Köllner, die Grundzüge d. o. n. g. 1856; Aarons, Beiträge z. L. v. d. n. g. 1. Abtheil. dogmengeschichtliche Erörterung 1860; E. Zimmermann, echte und unechte n. g. 1872 und die L. v. d. stellvertretenden n. g. 1876; Monroy, die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte 1878; Sturm, das n. utiliter gestum 1878; Wlassak z. Geschichte d. n. g. 1879; Kohler, Menschenhülfe in Iherings Jahrb. Bd. 25 S. 42.

2) l. 3 pr. D. h. t. 3, 5. Die Stellung im Edikte weist darauf hin, daß man ursprünglich an die Vertretung im Prozesse dachte, Wlassak a. a. O. S. 42. Es finden sich noch die Ediktsworte „sive quis negotia, quae cujusque cum quis moritur fuerint, gesserit." Sie sind offenbar erst nachträglich von den Prätoren in das Edikt eingeschoben worden; Dernburg in den Festgaben für Heffter S. 115. Vgl. Wlassak a. a. O. S. 38.

3) Hätte zur Zeit des ersten Entwerfens des Ediktes über negotiorum gestio bereits eine actio mandati oder tutelae bestanden, so hätte es nach unserer Ansicht nicht so gefaßt werden können, wie wir es lesen, vielmehr hätte man das Moment, worin etwas Neues gelegen hätte, nämlich daß es sich um „auftragslose" Geschäftsführung handelte, auch hervorheben müssen. Dies hat Wlassak a. a. O. S. 24 gut ausgeführt. Anderer Ansicht ist Brinz Bd. 2 S. 638, Ruhstrat in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 95.

4) Die actio mandati ist bereits vor Cicero aufgestellt worden, so daß aber ihre „Einführung" noch im Gedenken lag, Cicero pro Roscio Amerino cap. 38 § 111.

5) Unten § 122 Anm. 6.

Der negotiorum gestio verblieb daher nur die auftragloſe Geſchäftsführung. Und zwar beſtehen zwei Kategorien derſelben:

a) Die eine iſt die Beſorgung der fremden Geſchäfte *auf fremde Rechnung*. Man hat ſie die *ſtellvertretende* oder auch die echte negotiorum gestio genannt.

b) Unter gewiſſen Umſtänden aber gewährte man actiones negotiorum gestorum, obgleich der Handelnde die fremden Geſchäfte *für ſich*, nicht für den Herrn derſelben in Angriff genommen hat.[6] Man ſpricht hier von *unechter* negotiorum gestio.[7]

§ 122. Geſchäftsführung für Andere auf deren Rechnung.

Der Hauptfall der negotiorum gestio iſt die *für* den Geſchäftsherrn unternommene.

Sie kann aus der Fürſorge für Andere hervorgehen, insbeſondere für Abweſende oder ſonſt an der Beſorgung ihrer Angelegenheiten Behinderte.[1] Aber ſolche Geſinnung iſt nichts Unerläßliches. Nicht ſelten veranlaßt die Rückſicht auf eigenen Vortheil die Wahrung des fremden, indem man z. B. eine gemeinſame Sache, um einen beſſeren Erlös zu erzielen, für eigene und fremde Rechnung verkauft. Oft handelt man in Folge öffentlichen Zwanges, wenn man die Geſchäfte Anderer auf deren Rechnung beſorgt.[2 3]

---

6) Viele behaupten, im „Sinne" des Ediktes liege die Beſchränkung auf ſtellvertretende oder wenigſtens „wiſſentliche" negotiorum gestio, Brinz Bd. 2 S. 634, 640, Wlaſſak a. a. O. S. 26. Aber woher ſollen wir den Sinn des Ediktes erkennen, als aus ſeinen Worten, und die Worte wiſſen von jener Beſchränkung nichts.

7) Den Ausdruck „ſtellvertretende" negotiorum gestio gebraucht in der Bedeutung, von der hier die Rede iſt, Brinz Bd. 2 S. 632. Zimmermann ſpricht von echter und unechter negotiorum gestio, Monroy a. a. O. von „auftragloſer Wahrnehmung fremder Vermögensintereſſen" und „vollmachtsloſer Ausübung fremder Vermögensrechte".

1) An dieſen Fall, in dem die negotiorum gestio das dringendſte Bedürfniß iſt, denken die römiſchen Juriſten zunächſt, l. 1 D. h. t 3, 4, Ulpianus libro 10 ad edictum: Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas absentium versatur, ne indefensi rerum possessionem aut venditionem patiantur vel pignoris distractionem vel poenae committendae actionem, vel injuria rem suam amittant. Vgl. l. 2 D. eod.

2) l. 3 § 10 D. h. t. 3, 5. Ulpianus libro 10 ad edictum: Hac actione tenetur non solum is, qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is, qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit. Wlaſſak a. a. O. S. 140 nimmt an, daß Ulpian hier den weiteren Begriff der negotiorum gestio zu Grunde gelegt habe, wonach ſie auch die Mandatsklage umfaßte. Dies iſt ſchwerlich richtig, denn in der klaſſiſchen Zeit waren Mandat und negotiorum gestio längſt getrennt, vgl. unten Anm. 6; Ulpian denkt vielmehr an Fälle, in welchen der Geſchäftsführer anderweit zur Geſchäftsführung verbunden iſt. Dies ergiebt das ſofort — im § 11 cit. — angefügte

Das Wesentliche ist nur, daß man Geschäfte, die einem Anderen zugehören, auf dessen Rechnung vornimmt, ohne ihm gegenüber hierzu verbunden zu sein.

1. Voraussetzungen solcher Geschäftsführung sind:

a) Besorgung fremder Geschäfte. Dahin zählen vor allem die unmittelbar dem fremden Vermögenskreise zugehörenden, z. B. Reparatur eines fremden Hauses.[4] Aber auch Geschäfte, welche an sich neutral sind, d. h. eine nothwendige Beziehung zu einem bestimmten Vermögen nicht haben, können durch den Willen des Geschäftsführers Anderen zugewendet werden, z. B. Einkauf von Waaren zu Gunsten des Gewerbes eines Dritten.[5]

b) Die Geschäftsführung muß eine auftragslose sein, d. h. sie darf nicht in einer Verpflichtung gegenüber dem Geschäftsherrn ihre Veranlassung haben, also weder auf einem Mandat desselben[6] noch auf einer Vormundschaft[7] beruhen.[8] Daß der Geschäftsführer

Beispiel, wonach der Geschäftsführer in Folge eines von einem Dritten ertheilten Mandates handelte.

3) Es wird z. B. Jemand von der Obrigkeit, weil er prima facie dazu verpflichtet erscheint, zu einer Handlung, z. B. zur Räumung eines Grabens, im öffentlichen Interesse angehalten und er führt das ihm Auferlegte „auf Rechnung dessen, dem es obliegt", aus. Vgl. l. un. D. de via publica 43, 10. — Haben öffentliche Armenverbände eine a. neg. gest. gegen den von ihnen unterstützten Armen, welcher zu Vermögen kommt sowie gegen dessen alimentationspflichtige Verwandte? Dies verneint R.G. Bd. 14 S. 197 und Kohler a. a. O. S. 107, weil der Verband durch seine öffentliche Pflicht gezwungen die Unterstützung leistete aber unseres Ermessens im Widerspruch mit der l. 3 § 10 D. h. t., oben Anm. 2. Jene öffentliche Verpflichtung hebt die Thatsache nicht auf, daß der Verband dem Armen in dessen Interesse Hülfe leistete.

4) l. 5 § 18 D. h. t. 3, 5 . . . alterius re ipsa gestum negotium.

5) Derartige Geschäfte werden endgültig zu fremden durch die Ratihabition desjenigen, für den gehandelt ist, oder durch dessen Verpflichtung zu ratihabiren. Daher l. 5 § 11 D. h. t. 3, 5 . . . ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum. Vgl. übrigens Wlassak a. a. O. S. 74.

6) l. 6 § 1 D. mandati 17, 1. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur: nec enim ideo est obligatus, quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit: denique tenetur et si non gessisset. § 1 J. de obl. quae quasi ex contractu 3, 27, l. 20 C. h. t. 2, 18. Keinenfalls hat aber, wer mit der a. neg. gest. klagt, die Negative zu beweisen, daß er ohne Auftrag handelte. Vgl. oben Bd. 1 § 159. Man kann daher primär mit der a. mandati aus dem Mandat klagen und eventuell für den Fall, daß es nicht erwiesen sein sollte, mit der a. neg. gestorum. Ruhstrat in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 95.

7) Nach römischem Rechte galt dies nur für die Tutel. Für die Kuratel wendet man die actio negotiorum an. Doch scheint man wenigstens in der späteren klassischen Zeit die Thatsache der Kuratel in der demonstratio der Klage markirt, also regelmäßig eine utilis actio angewendet zu haben. Vgl. die bei Brinz Bd. 2 S. 634 Anm. 7 citirten Stellen.

Anderen zu der fraglichen Handlung verpflichtet ist, kommt nicht in Betracht.[9]

Wer daher die Geschäfte des A. in Folge eines Mandates des B. in dessen Interesse besorgt, hat neben einander gegen den B. die actio mandati, gegen den A. die actio negotiorum gestorum.[10]

c) Die Geschäftsführung muß *auf Rechnung des Geschäftsherrn* unternommen sein.

Kenntniß der Person des Geschäftsherrn ist nichts Wesentliches, Irrthum über dieselbe daher nicht schädlich,[11] giebt aber, auch wenn er entschuldbar wäre, keine Rechte gegen den *vermeinten* Geschäftsherrn.[12]

2. Die Geschäftsführung ist bald *für den Geschäftsherrn verbindlich*, bald ist dies nicht der Fall.

Den Geschäftsherrn verbindet:

a) die *nützlich unternommene Geschäftsführung* — negotium utiliter coeptum.

Viele Schriftsteller bezeichnen als nützlich unternommen nur *nothwendige Geschäfte*, d. h. zur *Erhaltung* des Vermögens des Geschäftsherrn bestimmte.[13] Es ist zuzugestehen, daß solche Geschäfte

8) Bei Handlungen eines Miteigenthümers für sich und seine Genossen ist zu unterscheiden, ob es sich um Geschäfte handelte, die nothwendig oder doch bei guter Administration zweckmäßigerweise gemeinsam auszuführen waren, dann hat der Gerirende die a. communi dividundo, oder ob dies nicht der Fall war, dann ist die a. negotiorum gestorum anzuwenden, l. 6 § 2 D. communi dividundo 10, 3. Ulpianus libro 19 ad edictum: Sive autem locando fundum communem sive colendo de fundo communi quid socius consecutus sit, communi dividundo judicio tenebitur . . . hoc autem ideo praestat communi dividundo judicio, quia videtur partem suam non potuisse expedite locare. Ceterum non alias communi dividundo judicio locus erit, ut et Papinianus scribit, nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit: alioquin si potuit, habet negotiorum gestorum actionem eaque tenetur. Vgl. Brinckmann, Verhältniß der a. communi div. und der a. neg. gest. 1855, Windscheid Bd. 2 § 431 Anm. 13.

9) Vgl. oben Anm. 2.

10) l. 3 § 11, l. 4, l. 5 § 6 D. h. t. 3, 5, l. 14 C. eod. 2, 18. Es kann freilich der Fall so liegen, daß der Mandatar offenbar nur mit dem Mandanten zu thun haben will, l. 35 D. mandati 17, 1. Vgl. übrigens Thibaut, Abhandlungen n. 20 und Windscheid Bd. 2 § 431 Anm. 3 ff.

11) l. 5 § 1 D. h. t. 3, 5. Ulpianus libro 10 ad edictum: Sed et si, cum putavi Titii negotia esse cum essent Sempronii, ea gessi, solus Sempronius mihi actione negotiorum gestorum tenetur, l. 5 §. 10, l. 25 D. eod. Brinz Bd. 2 S. 644 Anm. 42. Sind Mehrere bei demselben Geschäfte interessirt, so entsteht eine actio negotiorum gestorum immer nur zwischen dem Gerenten und demjenigen, für den er zu handeln gedachte, l. 60 § 1 D. mandati 17, 1.

12) Kohler a. a. O. S. 52. Anwendung hiervon macht R.O.H.G. Bd. 24 S. 126.

13) Nur die Unternehmung nothwendiger Geschäfte betrachten als negotium utiliter coeptum Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 20 n. 11, Bangerow Bd. 3 § 664 S. 506, neuerdings Brinz Bd. 2 S. 641 Anm. 33.

vorzugsweise nützlich sind.[14] Indessen sind sie dies keineswegs immer, namentlich dann nicht, wenn der Geschäftsherr das fragliche Vermögensstück als der Erhaltungskosten unwerth nicht in Stand gesetzt haben wollte.[15] Andererseits müssen auch nicht nothwendige Geschäfte als nützlich unternommen gelten, wenn ihre Unternehmung für den Geschäftsherrn seinen Plänen und Wünschen entsprechend war. Man denke z. B. an den besonders günstigen Ankauf eines Grundstücks für einen Abwesenden, nach welchem derselbe schon lange zur zweckmäßigen Arrondirung seines Besitzes und erheblichen Verbesserung desselben gestrebt hatte.[16]

Nützlich unternommen ist also die *Geschäftsführung, sofern der Geschäftsführer annehmen konnte und mußte, daß sie der Geschäftsherr, wenn er in der Lage zu handeln gewesen wäre, selbst in Angriff genommen hätte.*

Demnach entscheidet nicht eine strikte Regel, sondern vernünftige Erwägung des Falles, nicht ein bloß objektives, sondern vorzugsweise ein subjektives Moment.[17]

Hatte der Geschäftsherr die Einmischung in seine Geschäfte über-

---

14) Um deswillen setzen die Quellen oft bei der actio negotiorum gestorum contraria eine „res necessaria“ voraus. So l. 9 § 1, l. 21, l. 45 pr. D. h. t. 3, 5.

15) l. 9 §. 1 D. h. t. 3, 5. Ulpianus libro 10 ad edictum . . . quid enim si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit vel quam sibi necessariam non putavit? oneravit, inquit, dominum secundum Labeonis sententiam . . . sed istam sententiam eleganter Celsus deridet: is enim negotiorum gestorum, inquit, habet actionem, qui utiliter negotia gessit: non autem utiliter negotia gerit, qui rem non necessariam vel quae oneratura est patremfamilias adgreditur . . . quid si putavit se utiliter facere, sed patrifamilias non expediebat? dico hunc non habiturum negotiorum gestorum actionem.

16) Den subjektiven Standpunkt vertritt vorzugsweise Ruhstrat a. a. O., vgl. ferner die bei Windscheid Bd. 2 § 430 Anm. 17 Citirten. Sehr bestimmt formulirt die römische Ansicht Ulpianus libro 32 ad edictum l. 13 § 22 D. de a. e. v. 19, 1. Er giebt dort dem Verkäufer eine actio ex vendito wegen Verwendungen auf die Kaufsache: si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. Allerdings handelt es sich hier nicht um eigentliche negotiorum gestio; aber das Verhältniß ist ihr verwandt und die Principien müssen dieselben sein.

17) Vgl. Ruhstrat in Iherings Jahrb. Bd. 27 S. 70. Manche Schriftsteller unterstellen einen wirklichen Willen des Geschäftsherrn, „eine Willensgemeinschaft“ mit dem Geschäftsführer und suchen hieraus die Ansprüche aus der negotiorum gestio zu erklären und zu rechtfertigen. Aber hiervon ist nicht die Rede. Der Geschäftsherr wollte die Geschäftsführung nicht; denn er wußte nichts von der Lage und der Geschäftsführung; aber er hätte sie bei Kenntniß der Sachlage gewollt. Die Ansprüche aus der negotiorum gestio gründen sich vielmehr auf das Interesse der bürgerlichen Gesellschaft an der Erhaltung und dem Wohlsein ihrer Glieder und an der Erhaltung und möglichsten Mehrung ihrer Güter. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 430 Anm. 17, Kohler a. a. O. S. 23.

haupt oder wenigstens dem Geschäftsführer *verboten*, so ist sie auch dann nicht für ihn rechtsverbindlich, wenn sie von gutem Erfolge war.[18]

Bestand aber die Geschäftsführung in der Beisetzung einer Leiche, so hatte der Geschäftsführer in Rom eine eigene Klage, die actio funeraria. Diese wurde auch gewährt, wenn er gegen Verbot gehandelt hatte, sofern er hierbei dringenden Pietätsrücksichten nachgab.[19]

Man muß dies verallgemeinern und die Geschäftsführung stets als für den Geschäftsherrn verbindlich und nützlich ansehen, wenn sie aus dringenden Pietätsrücksichten oder gar in Erfüllung einer öffentlichen Pflicht oder in Folge öffentlichen Zwanges für ihn geschah.[20]

b) Nachträgliche *Genehmigung* macht eine auch nicht nützlich unternommene oder verbotene Geschäftsführung rechtsverbindlich.[21] —

Die actiones negotiorum gestorum haben einen verschiedenen Inhalt, je nachdem es sich um eine den Geschäftsherrn verbindende Geschäftsführung handelt oder nicht.

3. Was die actio directa des *Geschäftsherrn* anlangt, so gilt:

a) Seine Ansprüche sind, wenn er die Geschäftsführung als rechtsverbindlich anerkennen muß oder anerkennt, denen des Mandanten gegen den Mandatar entsprechend.

Der Geschäftsführer hat ihm daher Rechnung zu legen.[22]

Er ist ihm weiter wegen *jeder Verschuldung* haftbar.[23]

---

18) l. 7 § 3 D. h. t. 3, 5, l. 24 C. h. t. 2, 18.

19) l. 14 § 13 D. de religiosis 11, 7. Ueber die a. funeraria vgl. Brinz Bd. 2 S. 655. H. Funcke, die a. funeraria. Hallesche Inaugdiss. 1890.

20) l. un. § 3 D. de via publica 43, 10, vgl. Windscheid Bd. 2 § 430 Anm. 20 und dort Citirte. Dahin gehört namentlich die Leistung gesetzlich geschuldeter Alimente.

21) L. Seuffert, Ratihabition S. 47. Die Ratihabition giebt dem Geschäftsführer eine ähnliche Stellung, wie sie der Mandatar hat, aber sie macht ihn nicht zum Mandatar l. 8 D. h. t. 3, 5 „utique mandatum non est", l. 12 § 4 D. de solutionibus 46, 3 „rati enim habitio mandato comparatur". Wie verhält sich aber hierzu l. 60 D. de R. J. 50, 17. Ulpianus libro 10 disputationum: „Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. sed et si quis ratum haberit quod gestum est, obstringitur mandati actione?" Unmöglich kann sich der Schlußsatz auf die *Vergangenheit* beziehen. Was negotiorum gestio war, bleibt solche. Man muß beachten, daß Ulpian hier die stillschweigende Ertheilung eines Mandates untersucht. Er sieht sie einmal in dem wissentlichen Dulden der Intervention; nicht minder, so müssen wir die Stelle verstehen, mandirt für die Zukunft, wer eine fortlaufende ursprünglich auftragslose Geschäftsführung für die Vergangenheit genehmigt.

22) § 1 J. de obl. quae quasi ex contractu 3, 27 verb. „tenetur ut administrationis rationem reddat".

23) § 1 J. de obl. quae 3, 27, l. 10 D. h. t. 3, 5. Unrichtig ist die Ansicht von Sturm S. 58, „daß der negotiorum gestor nur die Sorgfalt aufzuwenden habe, welche der Herr vermuthlich angewendet haben würde". Richtig ist nur, daß er Geschäfte nicht zu unternehmen hat, die der Herr nicht zu betreiben pflegt. l. 13 § 1 D. de usuris 22, 1.

Solche kann unter Umständen selbst darin liegen, daß er Einzelnes in Angriff nahm und anderes damit Verbundenes liegen ließ.[24] Wer in einem Nothfalle Nothwendiges besorgte, haftet nur für dolus und culpa lata.[25]

Die Genehmigung der Geschäftsführung im Ganzen nimmt dem Geschäftsherrn nicht das Recht, wegen Fehler im Einzelnen Ersatz zu fordern.[26]

Der Geschäftsführer hat endlich, was er in Folge der Geschäftsführung einnahm, dem Geschäftsherrn herauszugeben.[27]

b) Der Geschäftsherr kann eine nicht nützlich unternommene und von ihm auch nicht genehmigte Geschäftsführung zurückweisen. Dann darf er Wiederherstellung des früheren Zustandes fordern. Aber er muß die einheitlich geführte Verwaltung entweder ganz verwerfen oder ganz anerkennen. Es ist ihm also nicht verstattet, die günstig auslaufenden Unternehmungen für sich in Anspruch zu nehmen, die ungünstigen aber zurückzuweisen.[28]

4. Was die actio contraria anlangt, so hat der Geschäftsführer:

a) dieselben Ansprüche wie ein Mandatar, wenn die Geschäftsführung eine für den Geschäftsherrn verbindliche, insbesondere eine nützliche oder genehmigte war.

Der Geschäftsherr muß ihm daher entsprechend gemachte Auslagen ersetzen und die von ihm für die Zwecke der Geschäftsführung übernommenen Verbindlichkeiten abnehmen,[29] der Geschäftsführer habe denn

---

24) l. 5 § 14 D. h. t. 3, 5.

25) l. 3 § 9 D. h. t. 3, 5. Die Erklärungen der l. cit. gehen sehr auseinander. Nach Windscheid Bd. 2 § 430 Anm. 6 haftet der Geschäftsführer dann bloß für Dolus, wenn ohne seine Dazwischenkunft „Alles" verloren wäre. Was ist aber Alles? — Bloß für dolus und culpa lata steht auch ein, wer als Erbe vom Erblasser Unternommenes zu vollenden hat, l. 17 C. h. t. 2, 18.

26) l. 8 D. h t. 3, 5.

27) l. 2, l. 18 § 4, l. 28 D. h. t. 3, 5. Der Geschäftsführer hat auch eingezogene „indebita" für den Geschäftsherrn herauszugeben l. 22, l. 7 § 1 D. h. t. 3, 5. Vgl. ferner l. 18 § 8 D. h. t. 3, 5. Ueber Verzinsung R.G. Bd. 18 S. 196.

28) Da der Vermögensherr die Geschäftsführung zurückweisen kann, so folgt, daß der Geschäftsführer den Zufall seiner Unternehmungen, die ihm bleiben, zu tragen hat. l. 10 D. h. t. 3, 5. Pomponius libro 21 ad Quintum Mucium: Si negotia absentis et ignorantis geras. et culpam et dolum praestare debes: sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine ejus geras: veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo: nam, si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem: quod si in quibusdam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet.

29) l. 2 D. h. t. 3, 5 ... justum est, si utiliter gessit, praestare ei, quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est. Auch Zinsen des Ausgelegten kann der negotiorum gestor beanspruchen, l. 18 § 4 D. h. t. 3, 5.

die liberale Absicht gehabt, auf den Regreß zu verzichten, den Betrag seiner Auslagen also zu schenken.[30]

Die Aufwendungen sind auch dann zu ersetzen, wenn der Erfolg der Geschäftsführung kein günstiger war.[31]

Der Geschäftsherr haftet ferner wegen etwaiger Verschuldung, z. B. er zerstört das Gerüste und Arbeitsgeräth des Geschäftsführers, welches er bei der Zurückkunft in seinem Besitzthume vorfindet.

b) War die Geschäftsführung nicht nützlich unternommen und auch nicht genehmigt, so kann der Geschäftsführer doch insoweit Ersatz fordern, als der Geschäftsherr durch sie bereichert ist.[32 33]

§ 123. Fremde Geschäfte auf eigene Rechnung.

Etwas ganz Anderes als die Unternehmung fremder Geschäfte auf fremde Rechnung ist es, wenn man Geschäfte, die objektiv fremde sind — re ipsa aliena — für sich besorgt.

Dennoch paßten auch auf diesen Fall das Edikt „si quis negotia alterius gesserit" und die actiones negotiorum gestorum.

Daher gewährte man diese Klagen:

1. wenn Jemand wissentlich und gewinnsüchtig fremde Geschäfte für sich besorgte.[1] Der Herr des Geschäftes hat dann die actio

30) Der Geschäftsführer muß keineswegs besonders behaupten und beweisen, daß er die Auslagen für die ihm fremden Geschäfte „recipiendi animo" machte. Vielmehr ist es Sache des Geschäftsherrn, darzuthun, daß die Aufwendung „donandi animo" geschah. Vgl. l. 4 D. h. t. 3, 5. Wenn freilich Eltern ihre unmittelbaren Kinder alimentiren oder ihnen sonst Zuwendungen machen, welche im Leben gewöhnlich als liberale angesehen werden, so muß, wenn sie gleichwohl Ersatz beanspruchen, der animus recipiendi bei der Aufwendung dargethan werden. l. 33 D. h. t. 3, 5, l. 50 D. familiae erciscundae 10, 2, l. 11 C. h. t. 2, 18; vgl. l. 15 C. eod. R.G. Bd. 10 S. 117.

31) l. 21 D. h. t. 3, 5, Gajus libro 3 ad edictum provinciale . . . veluti si frumentum aut vinum familiae paraverit, idque casu quodam interierit, forte incendio ruina. sed ita scilicet hoc dici potest, si ipsa ruina vel incendium sine vitio ejus acciderit, l. 9 § 1 D. eod.

32) arg. l. 5 § 5 D. h. t. 3, 5.

33) War der Geschäftsherr unmündig, so kann er überhaupt nur bis zum Belaufe seiner Bereicherung belangt werden. l. 5 § 2, l. 36 D. h. t. 3, 5, l. 2 C. h. t. 2, 18. Es ist dies eine Reminiscenz der Auffassung der negotiorum gestio als eines Quasikontraktes; aus inneren Gründen rechtfertigt sich der Satz nicht. Vgl. Kohler a. a. O. S. 44.

1) l. 5 § 5 D. h. t. 3, 5. Ulpianus libro 10 ad edictum: Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius, quam meum negotium gessisse — qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet —: sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.

negotiorum gestorum directa auf Rechnungslegung und Herausgabe des in Folge der Geschäftsführung Eingenommenen oder auch nach seiner Wahl auf Wiederherstellung des früheren Zustandes, und der Gerent kann mit der actio contraria Erstattung seiner Auslagen bis zum Betrage der Bereicherung des Vermögensherrn fordern, wenn sich dieser das Produkt des Geschäftes aneignet.

2. Wer fremde Geschäfte im Glauben, es seien *eigene*, besorgt, kann unmöglich, wie Manche vermeinen, schlechthin als Vertreter desjenigen behandelt werden, welchem das Geschäft objektiv zugehört. Dies würde ihn und den Geschäftsherrn mit einer Verantwortlichkeit belasten, für die es an inneren Gründen fehlt, und stünde mit anerkannten Rechtssätzen, insbesondere hinsichtlich der Stellung eines gutgläubigen Besitzers fremder Objekte in schroffem Widerspruche.

Aber ebenso unhaltbar ist es, die Anwendung der actiones negotiorum gestorum in diesem Falle durchaus zu leugnen.[2] Sie sind vielmehr unter besonderen Umständen zugelassen:[3]

a) Hat Jemand eine fremde Sache gutgläubig für sich veräußert und ist er durch den Preis bereichert, so hat der Eigenthümer der Sache, wenn ihm durch zufällige Umstände deren Vindikation abgeschnitten wird, eine a. negotiorum gestorum directa gegen jenen Veräußerer auf den Betrag der Bereicherung desselben.[4]

b) Hat ein vermeinter Erbe durch Erfüllung einer auf der Erbschaft lastenden Verbindlichkeit den wahren Erben befreit, so steht ihm

---

Uebrigens hat der bösgläubige Besitzer fremder Sachen wegen Verwendungen auf die Sache doch nur ein Retentionsrecht.

2) Köllner a. a. O. S. 29, vgl. aber Vangerow Bd. 3 § 664 S. 504.

3) Die Hauptstelle ist die berühmte l. 48 D. h. t. 3, 5. Africanus libro 8 quaestionum: Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit eaque in rerum natura esse desierit, de pretio negotiorum actio mihi danda sit, ut dari deberet, si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum, gessisses: sicut ex contrario in me tibi daretur, si, cum hereditatem quae ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea solutione liberarer. Vgl. auch l. 3 C. de rei vind. 3, 32. Nicht selten generalisirt man die Entscheidung von Afrikan. Am weitesten geht hierbei Dankwardt, negotiorum gestio § 22. Nach ihm wäre, wer mit einem fremden Vermögen ohne Rücksicht auf das Subjekt dieses Vermögens, sei es wissentlich, sei es unwissentlich, schaltet, aus diesem objektiven Faktum dem Vermögenssubjekt haftbar, als wäre er dessen procurator omnium bonorum, soweit seine Handlung objektiv das Vermögenssubjekt berührt. Dies müßte zu absonderlichen Resultaten führen. Vgl. Monroy a. a. O. S. 50, Windscheid Bd. 2 § 431 Anm. 18, R.G. Bd. 13 S. 184. Auch die Auffassung von Monroy halte ich für viel zu weit gehend.

4) In diesem Falle gewährten Afrikan und Julian auch eine condictio, l. 23 D. de r. c. 12, 1. Sie versuchten eben verschiedene Wege, um für das, was ihnen billig erschien, die praktische Form und die Rechtfertigung zu finden.

deshalb die a. negotiorum gestorum contraria gegen den wahren Erben bis zum Belauf der Bereicherung desselben zu.[5]

VI. Der Gesellschaftsvertrag.

§ 124. Begriff und Arten des Gesellschaftsvertrages.[1]

Gesellschaft — societas — ist vertragsmäßige Vermögensgemeinschaft.

a) Die Gemeinschaft des Vermögens muß nicht nothwendig in Miteigenthum bestehen; vielmehr genügt, daß durch gegenseitige Verbindlichkeiten die Verwendung zu gemeinsamen Zwecken, insbesondere die Austheilung von Gewinn und Verlust festgestellt wird.[2]

Meist sind die Ziele der Gesellschaften pekuniäre, also Erwerb oder Erhaltung von Vermögen; aber dies ist nichts Wesentliches. Es giebt zahlreiche Gesellschaften mit anderen Zwecken, z. B. zu geselligem Zusammensein oder wissenschaftlichen und künstlerischen Bestrebungen. Gesellschaften zu unerlaubten Zwecken sind aber unzulässig und nichtig.

b) Nothwendig ist ferner ein Gesellschaftsvertrag, welcher übrigens, weil formlos, auch stillschweigend geschlossen sein kann. Vermögensgemeinschaften, die nicht auf Vertrag beruhen, etwa durch Erbschaft, Vermächtniß oder Zufall entstanden, bilden keine Societäten. Natürlich kann sich aber ein Gesellschaftsvertrag an sie knüpfen.[3]

Das Charakteristische des Gesellschaftsvertrages ist der animus contrahendae societatis, d. h. die Absicht, als Genossen zusammenzuwirken.[4] Daher ist es in der Regel keine Gesellschaft, wenn der Kaufmann seinen Handlungsgehülfen, der Fabrikant seinen Arbeitern

5) Vgl. außer der Anm. 3 abgedruckten l. 48 D. h. t. die l. 14 § 11, l. 32 pr. D. de rel. 11, 7, l. 50 § 1 D. de her. pet. 5, 3.

1) Tit. Inst. de societate 3, 25. Dig. pro socio 17, 2. Cod. 4, 37.

2) l. 58 pr., l. 74 D. h. t. 17, 2.

3) l. 32 D. h. t. 17, 2. Ulpianus libro 2 ad edictum: Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio communiter gestum videtur. l. 31, l. 33 und l. 34 D. h. t.

4) Je nach der Absicht der Betheiligten bildet derselbe Thatbestand bald eine Societät, bald ein anderes Geschäft. l. 44 D. h. t. 17, 2. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit tu haberes, mihi videtur, si animo contrahendae societatis id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis. Die Absicht ist natürlich aus den äußeren Umständen zu erschließen: auch aus der socialen Stellung der Betheiligten lassen sich nicht selten Anhaltspunkte gewinnen.

außer dem Lohne einen Antheil am Gewinne zusagt,[5] ebensowenig ist es die Theilpacht.[6] Hier fehlt die Absicht der Gesellschaft.

Die Gesellschaften zerfallen in Arten nach dem Umfange der Vermögensgemeinschaft.

a) Die umfassendste ist die Gesellschaft des gesammten Vermögens — societas omnium bonorum.[7][8] Sie erstreckt sich auf alles, was die Gesellschafter zur Zeit des Geschäftsschlusses haben und später, sei es durch Arbeit, sei es in anderer Weise, z. B. durch Erbschaften erwerben, nicht minder auf die Schulden der Gesellschafter. Aber sie ergreift nicht Erwerb der Gesellschafter durch Delikt, und Deliktsschulden der Gesellschafter fallen ihr nicht zur Last.

b) Die allgemeine Erwerbsgesellschaft — s. quaestus — betrifft allen durch die Thätigkeit der Gesellschafter gemachten Erwerb,[9] natürlich auch die bezüglichen Schulden, nicht aber Erwerb anderer Art, z. B. durch Erbschaften.

Diese beiden Gesellschaftsarten pflegen die neueren als allgemeine den übrigen Gesellschaften — den besonderen oder particulären — entgegenzustellen.

c) Zu solchen gehören die Vereinigungen zum Betriebe eines Gewerbes,[10] insbesondere eines Handelsgewerbes — Handelsgesellschaften.[11]

Ferner s. g. Gelegenheitsgesellschaften, d. h. die für einzelne Angelegenheiten eingegangenen Vereinigungen.[12]

§ 125. Entwickelung des römischen Societätsrechtes.

Die Meinungen der Neueren über die geschichtliche Entwickelung der römischen Societät sind getheilt.[1]

---

5) R.O.H.G. Bd. 1 S. 194, Bd. 17 S. 275, Bd. 18 S. 1.

6) Vgl. oben Bd. 2 § 111 Anm. 4. Auch dieses Verhältniß kann in eine Societät übergehen. l. 52 § 2 D. h. t. 17, 2.

7) l. 1 § 1, l. 2, l. 3 pr. § 1, l. 5 pr., l. 52 §§ 16 ff., l. 53, l. 65 pr. § 3, l. 73 D. h. t.

8) Die Sachen der Gesellschafter werden im Falle der societas omnium bonorum ohne besondere Tradition unmittelbar gemeinsam, oben Bd. 1 § 211 Anm. 2. Der Satz wird altes Gewohnheitsrecht gewesen sein; die römischen Juristen erklärten ihn durch Unterstellung eines constitutum possessorium.]

9) l. 7, l. 13 D. h. t. 17, 2.

10) l. 52 § 5 D. h. t. 17, 2.

11) Die Handelsgesellschaft en normirt besonders das H.G.B. Art. 85 ff.

12) l. 5 pr. D. h. t. 17, 2.

1) Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 443; Leist, z. Geschichte der römischen societas 1881; Lastig in Goldschmidts Ztschrft. Bd. 24 S. 400; Pernice, Parerga in der Ztschrft. f. Rechtsgeschichte n. F. Bd. 3 S. 48, Bd. 9 S. 232 und dort Citirte.

Gesellschaftsverträge kommen derzeit vorzugsweise auf dem Gebiete des Handels und der Industrie vor. Aehnlich war es in Rom seit den letzten Zeiten der Republik und in der Kaiserzeit. Deshalb liegt die Ansicht nahe, daß auch im alten Rom die merkantilen Societäten die Hauptrolle gehabt hätten.

Dies ist gleichwohl irrig. Die Ausgangspunkte des römischen Gesellschaftsrechtes waren andere.

Hierfür liefert den Beweis, daß die actio pro socio für die societas omnium bonorum aufgestellt wurde und daß sich die prätorischen Edikte auf diese Gesellschaftsform bezogen.[2]

Die societas omnium bonorum aber hat keinen merkantilen, sondern einen familienartigen und agrarischen Charakter.

Sie schloß sich, wie aus zahlreichen Zeugnissen hervorgeht, an die Gemeinschaft der Miterben, insbesondere der Agnaten an,[3] bildete also deren vertragsmäßige Fortsetzung — consortium — behufs der gemeinschaftlichen Bewirthschaftung des Erbgutes, ohne Zweifel zugleich Waffengemeinschaft zu Schutz und Trutz vor allem gegen räuberische Einfälle von Feinden zu Land und zur See.

Die römischen societates omnium bonorum lassen sich hiernach mit den deutschen Ganerbschaften vergleichen.[4] Aber freilich ist der Unterschied, daß die Ganerbschaften rechtlich unauflösbar waren. Die römischen Genossenschaften hingegen erhielten sich wohl thatsächlich die Generationen hindurch, aber es bestand die Befugniß einseitiger Kündigung und sie erloschen bei jedem Todesfall eines der Genossen, ohne Zweifel um meist mit dem Erben erneuert zu werden.

Da die Societäten Familiengenossenschaften waren, entstand die Anschauung, daß unter Gesellschaftern ein jus fraternitatis walte, wovon bei merkantilen Gesellschaften oft wenig zu merken ist.[5]

Für die socii omnium bonorum war ferner das beneficium competentiae natürlich und vom Prätor gegeben. Wie weit dasselbe auf andere socii zu übertragen sei, war schon den Römern zweifelhaft.[6] [7]

2) Lenel, edictum S. 237 führt namentlich an: die societas omnium bonorum steht in den Kommentaren zum Edikte voran, sowohl bei Paulus, vgl. l. 1 § 1, l. 3 pr. 1 D. h. t., wie bei Ulpian, vgl. l. 5 pr. D. h. t. Ferner zählt die actio pro socio zu den „generalia judicia“ l. 28 pr. D. h. t. 17, 2. Das Richtige hat schon Salkowski de soc. publ. p. 20 gesehen. Dagegen Pernice, Labeo S. 443.

3) Vgl. Leist a. a. O., Pernice, Parerga S. 67 und die dort angeführten Stellen.

4) Siehe über die Ganerbschaften Edward Wippermann 1873.

5) l. 63 pr. D. h. t. 17, 2.

6) Vgl. oben Bd. 2 § 57 Anm. 13.

Auch daß die Gesellschafter gegenseitig nur für culpa in concreto einstehen, erklärt sich durch den familienartigen Charakter der alten societas.[8] Für merkantile Gesellschaften paßt dieser Satz nicht, wenn er sich auch traditionell auf sie vererbt hat.[9]

Noch in der Kaiserzeit ist die societas omnium bonorum vielfach in Gebrauch gewesen,[10] dominirend war sie längst nicht mehr. Sabinus nahm daher an, im Falle der Begründung einer Gesellschaft ohne nähere Bestimmung sei eine allgemeine Erwerbsgesellschaft zu unterstellen.[11] Es liegt auf der Hand, daß auch dies für das heutige Recht nicht anwendbar ist. Denn im heutigen Rechte kommen allgemeine Vermögensgesellschaften wie allgemeine Erwerbsgesellschaften nur höchst selten vor.

§ 126. Beiträge, Antheile, gegenseitige Verbindlichkeiten der Gesellschafter.

Ueber Beiträge der Gesellschafter, deren Antheile, deren Verpflichtungen entscheiden in erster Linie die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, soweit nicht zwingende Rechtsnormen entgegenstehen, und in zweiter die des Gesetzes.

1. Die Beiträge der Gesellschafter bestehen theils in Einlagen — Geld oder Geldeswerth — theils in Diensten. Es ist zulässig, daß ein Gesellschafter bloß Dienste, oder daß er bloß Kapital leistet.[1]

Die Einlagen treten entweder in das Miteigenthum der Gesellschafter — s. quoad sortem — oder dienen ohne Eigenthumswechsel den Gesellschaftszwecken — s. quoad usum. — In Er-

7) Die römische Societät erlosch noch zur Zeit von Gajus, Inst. III § 153, durch jede capitis deminutio, auch durch die minima. Die Erklärung von Gajus, daß die c. deminutio dem Tode gleichstehe, ist nicht ausreichend, denn diese Gleichstellung war keine absolute. War aber die Societät ursprünglich die fortgesetzte Erbgemeinschaft der Agnaten, so bestand ein historischer Grund. Mit der Qualität als Agnat erlosch eben die Voraussetzung der Theilnahme an der Agnatensocietät. Bei der Ausdehnung der Societät auf andere Verhältnisse erhielt sich der Satz, gleich als wurzele er in ihrer allgemeinen Natur. In Wahrheit hatte er keinen rationellen Grund mehr. Daher ließ ihn das spätere klassische Recht fallen und beschränkte das Erlöschen der Societät auf c. de maxima und media. l. 63 § 10, l. 65 § 11 D. h. t. 17, 2.

8) Unbefriedigend ist die Erklärung von Gajus libro 2 cottidianarum rerum l. 72 D. h. t. 17, 2 „quia qui parum diligentem sibi socium adquirit, de se queri debet.“ Dieser Grund würde bei jedem Kontrakte zutreffen.

9) Er ist auch in das H.G.B. Art. 94 übergegangen.

10) Dies ergeben die oben § 124 Anm. 7 citirten Quellenzeugnisse.

11) l. 7 D. h. t. 17, 2. Dies schrieb Sabinus, wie wir meinen, aus dem Rechte einer Zeit heraus. Für den Ursprung der römischen Societät aus dem Handelsrechte, wie Pernice, Labeo Bd. 1 S. 443 annahm, beweist die Entscheidung nichts.

1) l. 1 C. h. t. 4, 37.

mangelung anderer Vereinbarungen ist bei Einlagen von Geld, von anderen Fungibilien und von Objekten, die unter einer Schätzung eingebracht wurden, Miteigenthum anzunehmen, sonst aber nicht.[2]

2. Wenn man von Gewinn oder Verlust der Gesellschaft spricht, sieht man nicht auf das Ergebniß einzelner Geschäfte derselben, sondern auf das Gesammtresultat bei Beendigung der Gesellschaft.[3 4]

Man versteht unter Gewinn den Betrag, um welchen sich das in die Gesellschaft eingelegte Kapital vermehrt hat, unter Verlust die Summe, um welche sich die Einlage vermindert hat und die etwa noch außerdem behufs Deckung von Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu beschaffen ist.

3. Die Antheile der Gesellschafter an Gewinn und Verlust sind in Ermangelung besonderer Vereinbarungen gleiche. Dies ohne Rücksicht auf die Höhe ihrer Einlagen.[5]

Der Gesellschaftsvertrag kann aber ungleiche Antheile feststellen.[6] Es ist zulässig, die Antheile der Gesellschafter am Gewinn und am Verlust nach verschiedenen Proportionen anzusetzen, aber im Zweifel ist das Verhältniß beider dasselbe.[7]

---

2) Diese Regeln entsprechen den allgemeinen Grundsätzen, siehe Bangerow Bd. 3 § 651 Anm. 2. Vgl. auch H.G.B. Art. 91. Anderer Ansicht ist u. a. Windscheid Bd. 2 § 405 Anm. 13.

3) l. 30 D. h. t. 17, 2. Paulus libro 6 ad Sabinum . . neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto, § 2 I. h. t. 3, 25 verb. quod ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest, intellegatur lucro esse.

4) Bei den modernen Handlungsgesellschaften wird jedoch jährlich Gewinn und Verlust berechnet. Hieran knüpfen sich erhebliche Rechtsfolgen.

5) l. 29 pr. D. h. t. 17, 2. Ulpianus libro 30 ad Sabinum: Si non fuerint partes societati adjectae, aequas eas esse constat, § 1 l. h. t. 3, 25. Es fehlt freilich nicht an Schriftstellern, welche „die gleichen Theile" als „verhältnißmäßige", d. h. als im Verhältniß der Kapitalbeträge eines jeden Gesellschafters zu bemessende auffassen. Doch dies entspricht den Worten nicht. Und wo blieben hiernach die Gesellschafter, welche nur Dienste, aber kein Kapital beitragen! Man darf aber natürlich nicht übersehen, daß es sich bloß um Vertheilung von Gewinn und Verlust handelt. Hat z. B. X. 1000 eingeschossen und Y. Dienste versprochen, so kann das Verhältniß sein: a) Bei Endigung der Gesellschaft sind nur 1000 da. X. bekommt dieselben zurück, Y. erhält nichts und hat nichts zu leisten, da weder Gewinn noch Verlust da ist. b) Es sind 1200 vorhanden. X. nimmt 1000 als seine Kapitaleinlage und 100 als Hälfte des Gewinnes, Y. erhält 100 als die andere Gewinnhälfte. c) Es sind in Folge von Verlusten nur noch 500 vorhanden. Dann erhält X. 500 als noch restirenden Einschuß, und da der Schaden, welcher 500 beträgt, gleichmäßig zu tragen ist, so hat ihm Y. außerdem 250 zuzuzahlen. Vgl. Bangerow Bd. 3 § 651 Anm. 2. Dort finden sich andere Ansichten angemerkt.

6) § 1 I. h. t. 3, 25, l. 29 pr. D. h. t. 17, 2.

7) l. 29 § 1 D. h. t. Ulpianus libro 50 ad Sabinum: Ita coiri societatem posse ut nullam partem damni alter sententiat, lucrum vero commune sit.

Einem Gesellschafter kann ein Gewinnantheil zugebilligt werden, ohne daß er am Verlust betheiligt wird. Aber Verträge, wonach ein Kontrahent von der Betheiligung am Gewinn ausgeschlossen ist und nur den Verlust ganz oder theilweise zu tragen hat, sind keine Gesellschaftsverträge.[8]

4. Die Verbindlichkeiten der Gesellschafter gegeneinander sind folgende:

a) Sie haben die vereinbarten Einlagen und Dienste zu leisten. Wegen Eviktion und verborgener Mängel der Einlagen haften sie wie Verkäufer.[9]

Vom Abschlusse des Gesellschaftsvertrages an ist die Gefahr der Einlagen, welche in einer bestimmten Species zugesagt wurden, zu Lasten der Societät.[10]

b) Die Gesellschafter haben für culpa in concreto einzustehen.[11]

Cassius putat. Natürlich muß aber eine Societät beabsichtigt sein, und nicht eine bedingte Schenkung; nichts Anderes wollen die zugefügten Kautelen, vgl. auch § 2 I. h. t. 3, 25.

8) l. 29 § 2 cit. Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse. Löwengesellschaft nannte man sie nach der äsopischen Fabel, nach welcher der Löwe mit dem Esel auf die Jagd geht und schließlich alle Theile des Jagdgewinnes an sich nimmt — Phädrus I, 45. — Es sollte also grober Uebervortheilung entgegengetreten werden. Gleichwohl kann der Vertrag von anderem Standpunkte aus gültig sein, nicht bloß als Schenkung, sondern namentlich auch als Garantievertrag, vgl. oben Bd. 2 § 118.

9) Dies folgt aus allgemeinen Principien.

10) Die Hauptstelle über die Gefahr der Einlagen ist l. 58 pr. D. h. t. 17, 2. Ulpianus libro 31 ad edictum: Si id, quod quis in societatem contulit, exstinctum sit, videndum, an pro socio agere possit? Tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes, si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere, nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae sed vendendae coitam societatem, ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus. Die Ansichten gehen außerordentlich auseinander; vgl. über sie das Referat von Puntschart, fundamentale Rechtsverhältnisse S. 478. Celsus unterscheidet zwei Fälle. In dem einen soll zwar ein gemeinsamer Verkauf stattfinden, aber eine Einlage der Pferde in einen Gesellschaftsfonds nicht geschehen. Hier trifft der Untergang des Pferdes den Eigenthümer desselben allein. In dem anderen Fall sollen die Pferde zu einem Viergespann zusammengelegt werden. Bei einem Geschäfte dieser Art trifft der Untergang der Pferde die Gesellschaft von Abschluß des Gesellschaftsvertrages an, ähnlich wie bei einem Verkaufe. Der Uebergang der Gefahr der zugesagten Einlage knüpfte sich also an den Vertragsschluß und keineswegs erst an die Tradition. Anders ist es natürlich, wie l. 58 § 1 D. eod. hervorhebt, wenn die Einlage nur generisch bestimmt ist, namentlich in Geld besteht. Dann kann die Gefahr auf die Gesellschaft erst mit dem Einbringen selbst übergehen.

11) l. 72 D. h. t. 17, 2. Vgl. oben § 125 Anm. 8. Siehe übrigens auch l. 52 §§ 2, 3 D. h. t. 17, 2. Ueber die Kompensation beiderseitiger Nachlässigkeit vgl. Dernburg, Kompensation S. 333.

c) Eingenommenes haben sie sich nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages zu Gute zu bringen.[12]

Für Auslagen, die sie im Interesse der Gesellschaft entsprechenderweise machten, ist ihnen Ersatz, für solchergestalt übernommene Verbindlichkeiten Deckung zu gewähren.[13]

Selbst Schaden, welcher den Gesellschaftern *zufälligerweise* bei Besorgung der Gesellschaftsangelegenheiten zustieß, ist ihnen zu vergüten.[14]

Schließlich hat die Auseinandersetzung und Austheilung von Gewinn und Verlust nach dem Gesellschaftskontrakte zu geschehen.

d) Jedem Gesellschafter ist von den Mitgesellschaftern die nöthige *Aufklärung* über die Gesellschaftsangelegenheiten und Einsicht in deren Papiere zu gewähren, nach Bedürfniß auch besondere Rechnung zu legen.

Die Klage — actio pro socio — entsteht, sowie ein Gesellschafter seinen Verbindlichkeiten nicht Genüge leistet, also auch vor der Beendigung der Gesellschaft.[15]

5. Dem Gesellschafter steht frei, bezüglich seines Antheiles eine *Untergesellschaft* abzuschließen. Es erwachsen hieraus aber nur Rechte und Pflichten zwischen ihm und seinem Untergesellschafter, nicht zwischen dem Untergesellschafter und dem Gesellschafter seines Gesellschafters.[16]

§ 127. Verhältniß der Gesellschafter nach außen.

Die Gesellschaft ist nicht, wie die Korporation, ein selbständiges Rechtssubjekt.[1] Vielmehr sind die *Gesellschafter* nach innen und

---

12) l. 74 D. h. t. 17, 2.

13) l. 38 § 1 D. h. t. 17, 2. Die Auslagen sind zu verzinsen. l. 67 § 2 D. h. t 17, 2.

14) l. 52 § 4 D. h. t. 17, 2. Ulpianus libro 31 ad ediotum: Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit, suamque pecuniam perdidit, servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit. dicit Julianus: damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dimidiam adgnoscere debere tam pecuniae, quam rerum ceterarum. quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur: sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium adgnoscere debere rectissime Julianus probat . . . nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit, vgl. l. 60 § 1 D. eod. Daß der *Mandatar* zufälligen Schaden bei Besorgung der aufgetragenen Geschäfte nicht in Rechnung stellen kann, darüber siehe oben Bd. 2 § 116 Anm. 14.

15) Ursprünglich nahmen die Römer an, daß eine actio pro socio erst nach Beendigung der Societät zulässig sei. Hieran hielten sie nicht fest, l. 65 § 15 D, h. t. 17, 2.

16) l. 19 — l. 23 D. h. t. 17, 2.

nach außen die Träger der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten. Sie sind also die Miteigenthümer der Gesellschaftsobjekte, sie sind die Gläubiger der für die Gesellschaft erworbenen Forderungen und die Schuldner der gesellschaftlichen Schulden. Dies ist jedoch bei gewissen modernen Gesellschaften, die mit einzelnen korporativen Rechten ausgestattet sind, nicht festgehalten.[2]

Bezüglich der Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter dritten Personen gegenüber sind Innengesellschaften und Außengesellschaften zu unterscheiden.

a) Bei der Innengesellschaft handelt der vertragschließende Gesellschafter in eigenem Namen auf Rechnung der Gesellschaft. Er allein ist also den Mitkontrahenten gegenüber berechtigt; die Mitkontrahenten haben gegen ihn allein Forderungsrechte. Sie können dessen Mitgesellschafter nur mit der actio de in rem verso utilis nach deren allgemeinen Voraussetzungen bis zum Belaufe ihrer Bereicherung belangen.[3]

b) Bei den Außengesellschaften schließen die geschäftsführenden Gesellschafter Verträge im Namen der Gesellschaft. Wer zu solcher Vertretung berechtigt ist, bestimmt der Gesellschaftsvertrag. Es können alle oder einzelne Gesellschafter dazu befugt sein. Die Vollmacht ferner mehrerer geschäftsführender Gesellschafter kann eine kollektive sein, so daß sie zusammen handeln müssen, oder eine individuelle, so daß jeder für sich zur Vertretung befugt ist.

Die Geschäfte, welche die geschäftsführenden Gesellschafter in Gemäßheit ihrer Vollmacht im Namen der Gesellschaft schließen, berechtigen und verpflichten unmittelbar sämmtliche Gesellschafter.

In der Regel theilen sich daher Forderungen und Verbindlichkeiten unter die Gesellschafter[4] und zwar nach Gesellschaftstheilen, wenn dieselben festbestimmt und beim Kontrakt in Bezug genommen sind, sonst aber nach Kopftheilen.[5,6]

1) Oben Bd. 1 § 61 Ziff. 2.

2) Bd. 1 § 61 Ziff. 3.

3) l. 82 D. h. t. 17, 2. Papinianus libro 8 responsorum: Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt. Die Entscheidung vereinigt sich sehr wohl mit den oben Bd. 2 § 14 über die actio de in rem verso utilis entwickelten Grundsätzen. Ueber eine andere Erklärung von Sell, Versuche Bd. 1 S. 48, siehe Vangerow Bd. 3 § 653 S. 480.

4) Nach l. 44 § 1 D. de aedilicio edicto 21, 1 und der unten Anm. 5 abgedruckten l. 4 pr. D. de exerc. act. 14, 1 haften die Gesellschafter „pro portione qua socii fuerunt." Die Beschränkung unseres Textes erscheint jedoch als selbstverständlich.

5) In Folge der Veränderung des Systems der Stellvertretung sind hier römisches und gemeines Recht verschieden. Die römischen Sätze entwickelt l. 4 pr.

Solidarische Berechtigung und Verpflichtung tritt dagegen in Fällen der Vereinigung zu einem Handelsgewerbe oder einzelnen Handelsgeschäften ein.[7]

§ 128. Beendigung der Societät.

Gesellschaften endigen selbstverständlich nach Durchführung der Aufgaben, denen sie bestimmt waren, mit Herankommen eines Endtermines, dem Eintritt einer auflösenden Bedingung, endlich durch Unmöglichkeit der Erreichung der Gesellschaftszwecke.[1]

---

und § 1 D. de exerc. act. 14, 1. Ulpianus libro 29 ad edictum bezüglich der Gesellschaft der Rheder eines Schiffes: Si tamen plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur. Sed si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint, hujus nomine in solidum poterunt conveniri. Nach römischem Rechte war also zu unterscheiden a) die Gesellschaften kontrahirten persönlich zusammen, dann theilte sich die Verpflichtung unter sie nach den allgemeinen Grundsätzen des Obligationenrechtes, oben Bd. 2 § 71, oder b) es trat ein Dritter als magister navis oder institor für sie auf, dann waren alle Geschäftsherrn nach den Grundsätzen der actio exercitoria und institoria dem Mitkontrahenten solidarisch verbunden, oder c) es kontrahirte einer der Gesellschafter als magister navis oder institor der übrigen, dann trat ebenso solidarische Verbindlichkeit aller Geschäftsherren ein. — Im gemeinen Rechte ist nun die institorische Stellvertretung, welche die solidarische Haftung der Geschäftsherren im Gefolge hatte, verschwunden, oben Bd. 2 § 13. Derzeit vertritt der Stellvertreter und insbesondere auch der geschäftsführende Gesellschafter die Mitgesellschafter, in deren Namen er kontrahirt hat, direkt. Es ist so, als wenn dieselben persönlich gehandelt hätten. Konsequenterweise muß nunmehr getheilte Verhaftung auch eintreten, wenn ein geschäftsführender Gesellschafter in ihrem Namen Verbindlichkeiten übernahm. Fraglich ist aber, ob sich nicht gewohnheitsrechtlich solidarische Haftung der Gesellschafter für die Gesellschaftsverbindlichkeiten eingebürgert hat. Vgl. die bei Buchka, Stellvertretung S. 246 Citirten. Dies war für handelsrechtliche Gesellschaften zu bejahen und ist nunmehr für Gesellschafter, welche Handelsgeschäfte betreiben, durch das H.G.B gesetzlich festgesetzt. Für andere Societäten läßt sich aber ein entsprechendes Gewohnheitsrecht nicht nachweisen. Dasselbe würde auch — man denke z. B. an eine Gesellschaft zu Erholungszwecken — hart sein und der gemeinen Ansicht zuwiderlaufen. Die Verpflichtung nichthandelsrechtlicher Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten ist also regelmäßig eine getheilte.

6) Die Behauptung Windscheids Bd. 2 § 407 Anm. 7, wonach die Gesellschafter verlangen können, daß von den Gläubigern der Gesellschaft das Gesellschaftsvermögen zuerst angegriffen werde, ist in dieser Allgemeinheit unhaltbar. Aus der l. 65 § 1 D. h. t. 17, 2, welche von den Ansprüchen der Gesellschafter untereinander handelt, läßt sie sich natürlich nicht herleiten. Es kann jedoch ein derartiges Recht der Gesellschafter ausbedungen sein, oder sich auch aus der Verfassung der Gesellschaft, mit Rücksicht auf welche kontrahirt wurde, ergeben.

7) H.G.B. Art. 269 Abs. 2. Es gilt dies auch für Handelsgewerbebetrieb von Kleinkaufleuten ohne gemeinsame Firma, R.G. Bd. 9 S. 79 und dort Citirte.

1) Vgl. l 63 § 10 D. h. t. 17, 2. In l. 1 pr. D. h. t. 17, 2 führt Paulus libro 32 ad edictum aus: Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore vel sub condicione; in l. 70 D. eod. aber libro 33 ad edictum äußert er: Nulla societatis in aeternum coitio est. Dies ist kein Widerspruch. Dort ist die Rede von der Vertragsintention, hier von deren rechtlicher Kraft.

Endigungsgründe nach Gesellschaftsrecht sind:

1. Tod eines Gesellschafters.[2]

Der Uebergang auf die Erben der Gesellschafter kann nach römischem Recht nicht gültig bedungen werden;[3] doch gestattet dies das H.G.B. bei den offenen Handelsgesellschaften.[4]

Der Erbe ist berechtigt und verpflichtet, wegen der von seinem Erblasser in Angriff genommenen Gesellschaftsgeschäfte das Nothwendige vorzukehren, und haftet hierbei für Dolus und grobe Verschuldung.[5]

Was ein Gesellschafter vornahm, ehe er den Tod seines Gesellschafters erfuhr, geht noch auf Rechnung der Gesellschaft.[6]

2. Eröffnung des Konkurses über einen der Gesellschafter.[7]

3. Uebereinkunft der Gesellschafter.[8]

4. Einseitige Aufkündigung.[9] Sie hebt die Gesellschaft auch dann auf, wenn dieselbe nach dem Gesellschaftsvertrage noch fortdauern sollte. Aber unzeitige und arglistige Kündigung bringt Nachtheile.

Kündigt man nämlich eine Gesellschaft vor der im Vertrage bestimmten Zeit ohne gute Gründe,[10] so befreit man sich nicht vom Mitgesellschafter, aber man befreit diesen von sich, d. h. der Kündigende ist an dem Verlust, nicht an dem Gewinn betheiligt, welcher sich aus den zur Zeit der Kündigung im Gang befindlichen Geschäften ergiebt.[11]

---

2) § 5 I. h. t. 3, 25, l. 65 § 9 D. h. t. 17, 2.

3) l. 35, l. 52 § 9 D. h. t. 17, 2. Eine Ausnahme bestand in Rom bezüglich der societates vectigalium, l. 59 pr. D. h. 17, 2.

4) H.G.B. Art. 123 unter 2.

5) l. 40 D. h. t. 17, 2 vgl. freilich auch l. 35 und l. 36, l. 65 § 9 D. h. t. 17, 2.

6) l. 65 § 10 D. h. t. 17, 2.

7) § 8 I. h. t. 3, 25, l. 65 § 1 D. h. t. 17, 2.

8) l. 65 § 3 D. h. t. 17, 2.

9) l. 14, l. 15, l. 16 pr., l. 65 § 6 D. h. t, 17, 2.

10) Welche Gründe eine vorzeitige Kündigung rechtfertigen, darüber befindet richterliches Ermessen im Streitfall, vgl. l. 14 D. h. t. 17, 2 verb.: Aut quid si ita injuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati.

11) l. 65 § 6 D. h. t. 17, 2. Paulus libro 32 ad edictum: Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque, si quid compendii postea factum erit, ejus partem non fert, at si dispendium aeque praestabit portionem. Die neueren Schriftsteller scheinen zu unterstellen, daß der grundlos Kündigende aus allen während der vertragsmäßigen Zeit noch unternommenen Geschäften, die im Falle der Fortsetzung der Societät auf deren Rechnung gegangen wären, verbunden, aber nicht berechtigt werde. Das wäre eine beklagenswerthe Situation für den Kündigenden, welche jeden davon abschrecken müßte, eine Gesellschaft auf Zeit einzugehen. Man wäre unter Umständen Jahre lang willkürlichen und gefähr-

Entsprechendes gilt bei einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft im Falle *arglistiger Kündigung*, namentlich um ein Geschäft für sich allein zu machen, welches sonst auf Rechnung der Gesellschaft gegangen wäre. Der Kündigende hat nämlich dann den Gewinn aus demselben noch mit dem Gesellschafter zu theilen, aber etwaigen Verlust allein zu tragen.[12]

Besteht die Gesellschaft aus *Mehreren*, so endigt sie mit dem Ausscheiden *eines* Gesellschafters für *alle*, es sei denn die Fortsetzung der Gesellschaft der Uebrigen für solche Fälle vereinbart.[13]

Zweiter Abschnitt.

Die außerkontraktlichen Obligationen.

Erstes Kapitel.

Die Deliktsobligationen.

§ 129. A. Das Allgemeine der Deliktsobligationen.[1]

Private Strafklagen bestanden in Rom seit den ältesten Zeiten. Schon die 12 Tafeln kannten sie wegen bestimmter grober, gleichsam in die Sinne fallender Vergehen gegen Person und Vermögen, namentlich wegen Diebstahl, Körperverletzung und gewisser Sachbeschädigungen. Genereller wurden Sachbeschädigungen durch die lex Aquilia verpönt.

---

lichen Operationen des ehemaligen Socius preisgegeben. Leicht kann es sein, daß der Richter hinterher einen Grund nicht für genügend zur Kündigung hält, welcher dem Kündigenden als sehr triftig und zwingend erschien. Dies spricht auch gegen eine übermäßig belastende, ja grausame Behandlung des vorzeitig Kündigenden. Davon war auch nicht die Rede. Nur auf *bereits in Angriff genommene* Sachen bezieht sich der Satz. So erklärt sich l. 17 § 2 D. h. t. 17, 2, wo der Festsetzung einer Zeit für die Societät die Bedeutung abgesprochen wird, weil auch ohne solche eine unzeitige Kündigung verantwortlich mache.

12) § 4 I. h. t. 3, 25. Als dolos betrachtete man auch regelmäßig die Kündigung an einen Abwesenden. Vgl. l. 17 § 2 D. h. t. 17, 2.

13) § 5 I. h. t. 3, 25, l. 65 § 9 D. h. t. 17, 2. Die Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft erlischt mit deren Auflösung, die Abwickelung der Gesellschaftsgeschäfte — *Liquidation* — hat durch die Gesellschafter insgesammt oder durch besonders für sie bestellte Vertreter zu geschehen.

1) Savigny, D.R. Bd. 2 S. 293; Ihering, das Schuldmoment im römischen Privatrecht, insbesondere S. 58; Binding, die Normen Bd. 1 Abth. 1 S. 213.

Besonders fruchtbar an Strafklagen war das prätorische Edikt. Zum Theil handelte es sich um Verschärfungen der alten Strafen; dahin gehörte die a. vi bonorum raptorum wegen Entwendungen und Sachbeschädigungen mit Gewalt.[2] Zum Theil suchte man den verfeinerten Vergehen die Spitze zu bieten, welche man früher nicht gekannt oder nicht beachtet hatte. Dahin gehörte die a. de servo corrupto des Hausherrn wegen Verführung seines Sklaven zum Bösen, auf das Doppelte seines Interesses[3] und analog des Hausvaters wegen Verderbung seines Hauskindes;[4] ferner die a. de calumnia des kalumniös mit einem Rechtsstreit Behelligten auf das Vierfache dessen, was sich sein Gegner von Dritten hatte zahlen lassen, um ihm den kalumniösen Prozeß anzuhängen, oder was er seinerseits hatte zahlen müssen, um sich den kalumniösen Prozeß vom Leibe zu halten.[5][6] Am bedeutsamsten war die a. de dolo, durch welche der Prätor jede böswillige, arglistige Beschädigung ahndete. Die prätorischen Deliktsklagen unterlagen zum größeren Theile einer kurzen Verjährung.[7]

So bildete sich durch Gesetz und Edikte ein großer Kreis von Privatdelikten, d. h. bestimmter doloser oder auch kulposer Vergehungen, an welche die Rechtsnorm eine Klage des Verletzten gegen den Schuldigen auf Sühne und Ausgleichung knüpfte.[8]

---

2) Die actio vi bonorum raptorum wurde von dem Prätor Lukullus im Jahre 76 v. Chr. aufgestellt. Vgl. über sie Keller, semestria ad Ciceronem I. p. 541. Man nahm an „in quadruplo inest et rei persecutio ut poena tripli sit". pr. I. vi bonorum raptorum 4, 2. Die actio vi bonorum raptorum konkurrirte mit der actio furti und der actio legis Aquiliae, so daß es sich nur um eine Verschärfung der Strafe in Fällen der Gewalt handelte. Praktische Bedeutung hat diese Klage derzeit nicht mehr.

3) Tit. Dig. de servo corrupto 11, 3; Cod. de furtis et de servo corrupto 6. 2; Keller, Institutionen S. 151.

4) l. 14 § 1 D. de servo corrupto 11, 3. In dieser Funktion ist die Klage recipirt, geht aber nur auf das einfache Interesse. Windscheid Bd. 2 § 456 Anm. 18. Der Gerichtsgebrauch gab sie auch der Mutter wegen ihrer verführten Kinder, dem Ehemanne wegen der verführten Ehefrau, der Herrschaft wegen Verführung ihres Gesindes. Glück Bd. 11 S. 319. Diese Anwendung ist gerecht.

5) Tit. Dig. de calumniatoribus 3, 6.

6) Es war dies reine Strafklage. Eine Anwendung im heutigen Rechte scheint mir ausgeschlossen. Anders Windscheid Bd. 2 § 471 Anm. 5, welcher aber aus der römischen Klage ein grundsätzlich von ihr verschiedenes Rechtsmittel macht.

7) pr. I. de perpetuis et tempor. act. 4, 12. Perpetua war jedoch unter anderem die actio de servo corrupto pr. D. de servo corrupto 11, 3.

8) Die Deliktsklagen sind individualisirte, ähnlich wie die Kontraktsklagen. Es muß der besondere Thatbestand vorliegen, an welchen die Rechtsnorm eine Deliktsklage geknüpft hat. Dies gilt auch gemeinrechtlich. Windscheid Bd. 2 § 326 behauptet freilich, „jedes Vergehen, durch welches ein Vermögensschaden verursacht ist, erzeugt ein Forderungsrecht auf Ersatz dieses Schadens". Außerdem gebe das römische Recht aus bestimmten Vergehen Anspruch auf eine Privatstrafe. Eine Begründung jener allgemeinen Schadensklage hat Windscheid nicht versucht. Auch

Die Deliktsklagen hatten eine Doppelnatur. Sie bildeten Privatrechte, wurden im Wege des Civilprozesses verfolgt und waren dem Gläubiger zu eigen, so daß er frei über sie verfügte und daß ihr Resultat ihm zu Gute kam. Aber sie hatten zugleich eine wichtige öffentliche Bestimmung. Denn sie bezweckten die Bestrafung des Schuldigen und dienten in Folge dessen zur Ergänzung des lückenhaften öffentlichen Strafrechtes der Römer.

Zwei Gesichtspunkte sind in Verbindung gebracht, welche sie nach verschiedenen Richtungen hin treiben. Der eine ist die Funktion der Strafe des Beschädigers, der andere die einer Schadloshaltung des Beschädigten. Die Strafe ist das Dominirende, aber schon in Rom macht sich der Zweck der Entschädigung geltend. Man unterschied:[9]

a) Reine Strafklagen. Bei ihnen kam der Zweck der Entschädigung nicht oder kaum in Betracht. Letzterem dienten andere Rechtsmittel. Hauptbeispiel ist die actio furti, insoweit neben ihr eine condictio furtiva bestand. Auch die a. injuriarum gehört im Wesentlichen hierher.

b) Gemischte Strafklagen, welche dem Verletzten durch die ihm zuzuerkennende Geldstrafe zugleich Entschädigung gewähren sollten. Dahin gehört die a. legis Aquiliae und die a. doli.

Daß die Gedanken der Strafe und der Entschädigung schon in Rom in einer Art von Kampf waren, zeigt namentlich der Fall, daß Mehrere zusammen dasselbe Delikt verübt hatten. Geht man hierbei von dem Gedanken der Strafe aus, so muß Multiplikation der Klagen entstehen, d. h. jeder hat die Strafe, die er verdient hat, zu zahlen, ohne daß die Leistung des Einen den Anderen befreit. Betrachtet man die Entschädigung des Verletzten als die Hauptsache, so ist nur solidarische Verpflichtung anzunehmen, d. h. die Leistung des Einen befreit den Anderen, da dem Verletzten durch sie volle Schadloshaltung wurde.

Die Multiplikation der Ansprüche gegen mehrere Schädiger erhielt sich in Rom bei der a. legis Aquiliae, trotzdem sie gemischte Strafklage war; die bloß solidarische Verhaftung stellte sich aber bei der actio doli und vielen anderen gemischten Strafklagen fest.[10]

Gemeinrechtlich ist der Gesichtspunkt der Entschädi-

---

ist sie wohl nicht mit dem Satze, den Windscheid Bd. 2 § 451 lehrt, zu vereinigen, „daß jeder nur den durch seine Arglist, nicht aber durch seine Schuld entstandenen Schaden zu ersetzen verpflichtet sei".

9) Vgl. oben Bd. 1 § 130.

10) Oben Bd. 2 § 72 S. 193.

gung ausschließlich entscheidend. Dies tritt in Folgendem hervor:

a) Es giebt keine reinen Strafklagen mehr. Allerdings haben sich die actio furti und die actio injuriarum theilweise erhalten, aber nur soweit auch in ihnen eine Entschädigungsfunktion liegt.[11]

b) Bei allen Deliktsklagen befreit die volle Leistung des einen Schädigers die Mitverpflichteten. Sie sind sämmtlich solidarische Obligationen geworden.[12]

c) Am entschiedensten zeigt sich die Veränderung in der Vererblichkeit.

Nach römischem Rechte succedirte der Erbe des Schädigers auch nicht in gemischte Deliktsklagen, denn auch sie galten als Strafklagen. Strafe kann aber nur den Schuldigen persönlich treffen.[13] Der Erbe hatte daher bloß die Bereicherung, welche aus dem Delikte an ihn kam, herauszugeben.[14]

Nach kanonischem Rechte dagegen war der Erbe wegen der Delikte seines Erblassers dem Beschädigten unbeschränkt schadensersatzpflichtig.[15] Gemeinrechtlich hat man dies nur insoweit festgehalten, als der Betrag der Erbschaft reicht.

Die Klageerhebung gegen den Schuldigen macht den Anspruch vererblich, wie jeden anderen Vermögensanspruch.

§ 130. B. Das Furtum.[16]

Der römische Begriff des furtum — der Entwendung — ist sehr umfassend. Zwar die noch von Sabinus vertretene Ansicht, daß ein

11) Hierüber siehe das Nähere unten § 130 und § 137.

12) Geht man davon aus, daß der Strafcharakter gemeinrechtlich abgestreift ist, und eine Entschädigung bezweckt wird, so kommt man folgerecht zu einem weiteren Schritt. Man hat dem Theilnehmer des Delikts, welcher den Verletzten voll entschädigte, einen Rückgriff gegen die Mitverpflichteten zu geben. Derselbe kann freilich nicht auf die Gemeinsamkeit des Delikts, wohl aber auf die befreiende Zahlung gestützt werden. Unger in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 379.

13) l. 22 in fine D. de o. n. nunc. 39, 1.

14) l. 38 D. de R. J. 50, 17.

15) cap. 5 X. de raptoribus 5, 17. Alexander III ... heredes ejus moneas et compellas, ut his quibus ille per incendium vel alio modo damna contra justitiam irrogaverat, juxta facultates suas condigne satisfaciant, ut sic a peccato valeat liberari. Wenn Manche die Geltung dieser Vorschrift bestritten, weil sie die päpstliche Auffassung nicht billigten, daß durch die Restitution das Seelenheil des Verstorbenen gefördert werde, so war dies haltlos, denn die Disposition des Gesetzgebers ist zu respektiren, auch wenn wir seine Motive nicht theilen. Vgl. Francke, Beiträge S. 44. Daß nun aber gleichwohl durch die Praxis nach dem Vorgange der Kommentatoren des kanonischen Rechtes die Beschränkung auf die vires hereditariae eingeführt wurde, darüber siehe Francke a. a. O. S. 48, Savigny a. a. O. Bd. 5 S. 51.

furtum auch an Grundstücken begangen werden könne, so daß z. B. der Pächter, welcher das Pachtgrundstück verkauft und dadurch den Verpächter um seinen Besitz bringe, wegen furtum belangbar sei,[3] wurde später entschieden verworfen.[4] Aber jede widerrechtliche, gewinnsüchtige Zueignung einer beweglichen Sache ist furtum.[5]

Dasselbe erfordert also:

a) Zueignung — contrectatio — einer beweglichen Sache. Eine körperliche Handlung bezüglich des Entwendeten ist unumgänglich.[6] Daher bildet das bloße Ableugnen eines Depositums durch den Depositar, in der Absicht das Hinterlegte für sich zu behalten, kein furtum.[7]

Nicht zum Begriff gehört Wegnahme aus fremder Gewahrsam wie für den Diebstahl nach dem deutschen Strafgesetzbuch.[8] Vielmehr ist furtum auch Unterschlagung, d. h. Vergreifen an fremder Sache, die man im Besitze oder in Gewahrsam hat,[9] und Funddiebstahl, also Aneignung verlorener oder in der Noth weggeworfener Gegenstände.[10] Und selbst wissentliche Annahme der Zahlung auf eine Nichtschuld, welche der Zahlende irrthümlich als bestehend ansieht,[11] sowie

1) Tit. Inst. de obl. quae ex delicto 4, 1, Dig. de furtis 47, 2, Cod. 6, 2, Paulus sent. II. Tit. 41.

2) Dollmann, die Entwendung 1834; Wächter in Weiskes Rechtslexikon Bd. 3 S. 354; Keller, Institutionen S. 184.

3) Gellius noctes atticae XI cap. 18.

4) Gajus Inst. II § 51, l. pr. § 1 D. h. t. 47, 2. Siehe aber auch l. 25 § 2 D. eod. Ulpianus libro 41 ad Sabinum . . Eorum, quae de fundo tolluntur ut puta arborum vel lapidum vel harenae vel fructuum, quos quis furandi animo decerpsit, furti agi posse, nulla dubitatio est. Wegnahme von Blumen, Pilzen, Beeren u. s. w. ohne gewinnsüchtige Absicht ist kein Delikt.

5) Berühmt ist die Definition von Paulus libro 39 ad edictum l. 1 § 3 D. h. t. 47, 2: Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus ejus possessionisve.

6) Windscheid Bd. 2 § 442 Anm. 3 will contrectatio durch „Behandlung der Sache" wiedergeben. Damit verflüchtigt sich der Begriff. Schwerlich kann als fur gelten, wer ein fremdes Rennpferd dolos überfüttert, damit er es im Wettlauf überhole! Eine widerrechtliche, gewinnsüchtige Behandlung des Pferdes fand jedoch statt.

7) l. 1 §§ 1 und 2 D. h. t. 47, 2, l. 52 § 19, l. 68 pr. D. h. t. 47, 2.

8) Strafgesetzbuch § 242.

9) l. 43 § 1, l. 52 § 7, l. 68, l. 72 pr. D. h. t. 47, 2. Ueber das furtum des bösgläubigen Besitzers vgl. Landsberg 1888 gegen Pampaloni im archivio giur. XXVIII 1882.

10) l. 43 §§ 4—11 D. h. t. 47, 2.

11) l. 18 D. de condictione furtiva 13, 1, l. 81 §§ 5 und 6 D. de furtis 47, 2. Ueber abweichende Ansichten vgl. Bangerow Bd. 3 § 625 S. 399.

Manipulationen mit einer Schuldurkunde, die den Gläubiger um seine Forderung bringen, bilden ein furtum.[12]

Das Delikt besteht nicht bloß in Aneignung der Substanz — furtum rei — wie solche beim Diebstahl im Sinne des heutigen Strafrechts sowie bei Unterschlagungen und beim Funddiebstahl stattfindet; auch gewinnsüchtige Anmaßung eines Gebrauches,[13] auf den man kein Recht hat — furtum usus — fällt unter dasselbe; nicht minder Aneignung bloßen Besitzes durch den Eigenthümer der Sache — furtum possessionis — z. B. wenn er dem Faustpfandgläubiger die verpfändete Sache nimmt.[14]

b) Unumgänglich ist ferner die gewinnsüchtige Absicht — animus lucri faciendi.[15]

Sie ist nicht durch die Absicht bedingt, sich dauernd zu bereichern. Wer daher kontrektirt, um zu verschenken, ist ein fur.[16]

Dies ist aber nicht, wer eine Sache wegnimmt, um sie zu zerstören.[17]

Wegen des furtum gab man zweierlei Klagen:

1. Die actio furti, eine Deliktsklage, welche in der Gesetzgebung der 12 Tafeln wurzelt.[18]

Sie ging auf eine Privatstrafe, deren Höhe beim furtum manifestum und beim nec manifestum verschieden war. Manifestum war die Entwendung, wenn der Dieb auf der That oder unmittelbar nachher, ehe er die entwendete Sache in seinen nächsten Zufluchtsort gebracht hatte, ergriffen wurde; nec manifestum, wenn dies nicht der Fall war. Beim furtum nec manifestum war das Doppelte, beim furtum manifestum das Vierfache des klägerischen Interesse zu leisten.[19]

12) l. 27 § 3, l. 28–32, l. 52 § 23 D. h. t. 47, 2, l. 41 § 1 D. ad legem Aquiliam 9, 2.

13) Es gebraucht z. B. ein Depositar oder Faustpfandgläubiger die anvertraute Sache für sich, oder ein Kommodatar oder Miether gebraucht das Geliehene in nicht vertragsmäßig verstatteter Weise, § 6 I. h. t. 4, 1.

14) § 10 und § 15 I. h. t. 4, 1. So versteht die herrschende und richtige Meinung das furtum possessionis, von welchem Paulus in der oben Anm. 5 abgedruckten l. 1 § 3 D. h. t. 47, 2 spricht. Theophilus freilich zu § 1 I. h. t. bezieht den Ausdruck auf alle Fälle der Unterschlagung. Darin traten ihm Marezoll im Archiv für civ. Praxis Bd. 8 S. 284 und Buchholz, juristische Abhandlungen S. 323 bei. Aber Theophilus irrt offenbar; wer unterschlägt, entwendet nicht die „possessio", sondern die Substanz, die „res".

15) l. 55 § 1 D. h. t. 47, 2 „species enim lucri est ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi adquirere". Das deutsche Strafgesetzbuch § 242 sieht bezüglich des Diebstahls und im § 246 bezüglich der Unterschlagung von der gewinnsüchtigen Absicht ab. Vgl. aber oben Bd. 1 § 125 Anm. 13.

16) l. 52 § 13 D. h. t. Siehe auch l. 89 und l. 83 § 2 D. h. t. 47, 2.

17) Vgl. unten § 131 Anm. 5 u. 6.

18) Gajus Inst. III §§ 184 ff., Gellius noctes atticae XI cap. 18.

19) Ueber die Formel der actio furti nec manifesti vgl. namentlich Lenel,

Die actio furti ſteht jedem zu, der bei dem Diebſtahl intereſſirt, d. h. durch denſelben beſchädigt war, alſo keineswegs bloß dem Eigenthümer der entwendeten Sache.[20]

2. Daneben hatte der Eigenthümer der entwendeten Sache die condictio furtiva auf Rückerſtattung der Sache gegen denjenigen, welcher ſie kontrektirt hatte. Es war dies keine Strafklage, ſie ging vielmehr nur auf Rückerſtattung und Erſatz.

Soweit das Gebiet der condictio furtiva reicht, iſt die actio furti reine Strafklage.[21] Aber die actio furti hatte außer ihrer Strafnatur den Zweck der Schadloshaltung in den Fällen, in welchen eine condictio furtiva nicht neben ihr zu Gunſten des Beſchädigten beſteht. Soweit ſie eine Privatſtrafe beitrieb, iſt ſie nicht gemeinrechtlich; ſoweit ſie Schadloshaltung bezweckt, iſt ſie noch praktiſch. Ihre Erhebung iſt daher noch zuläſſig:

a) Seitens des Eigenthümers der entwendeten Sache gegen Anſtifter und Gehülfen des Diebſtahls,[22]

b) Seitens aller Anderen, die bei dem Diebſtahl intereſſirt ſind, gegen den Dieb und die Diebsgenoſſen.[23]

C. Die Klage wegen Sachbeſchädigung und verwandte Rechtsmittel.

§ 131. Schuldhafte Sachbeſchädigung.[1]

Die lex Aquilia, ein zur Zeit der dritten plebejiſchen Seceſſion[2] von einem Volkstribunen Aquilius rogirtes Plebiscit, beſtimmte:

---

ediotum S. 259. Nach ſeiner Ausführung ſind folgende Formelworte nicht zu bezweifeln: si paret A° A°a N° N° opeve consilio Ni Ni furtum factum esse paterae aureae, quam ob rem Nm Nm pro fure damnum decidere oportet... Gajus Inst. III § 37. Problematiſch iſt die Faſſung der ſich anſchließenden condemnatio.

20) l. 10 — l. 15 D. h. t. 47, 2.

21) Die actio furti verfolgte urſprünglich neben der Strafe zugleich Schadenserſatz, wie ſich aus der oben Anm. 18 mitgetheilten Intentio der Klage ergiebt. Indeſſen wurde dem Beſtohlenen wohl nie daneben die Vindikation der entwendeten Sache verſagt. Seit den letzten Jahrhunderten der Republik erkannte man aber daneben zu Gunſten des Eigenthümers auch die condictio furtiva an. Soweit deren Zuſtändigkeit ging, wurde die actio furti reine Strafklage.

22) Vgl. übrigens unten § 130 Anm. 6.

23) l. 83 § 1 D. h. t. 47, 2.

1) Tit. Inst. de lege Aquilia 4, 3. Dig. ad legem Aquiliam 9, 2. Cod. de lege Aquilia 3, 35. Suarez de Mendoza ad legem Aquiliam in Meerman thesaurus II, p. 1. Noodt ad legem Aquiliam, opera I, p. 137. A Pernice, zur Lehre von den Sachbeſchädigungen 1867. Grueber, the Roman law of damage to property a commentary on the title of the Digest. ad legem Aquilian. London 1886.

2) Theophilus IV 3 § 15, vgl. Pernice a. a. O. S. 18.

a) im ersten Kapitel: wer einen fremden Sklaven oder Vierfüßler mit Unrecht tödtet, sei dem Eigenthümer zum Geben von soviel Geld verdammt, als dessen höchster Werth im letzten Jahre war, und

b) im dritten Kapitel: wer in sonstigen Dingen einen Anderen durch Brennen oder Brechen oder Verderben mit Unrecht schädigt, sei verdammt, dem Eigenthümer soviel Geld zu geben, als der Werth in den letzten 30 Tagen war.[3]

Hieraus hat die römische Jurisprudenz erweiternd und verfeinernd das Delikt der Sachbeschädigung — damnum injuria datum — entwickelt. Die Erweiterung geschah durch analoge Klagen — actiones utiles — und zwar vorzugsweise in Gestalt von formulae in factum.[4]

3) Pernice a. a. O. S. 15 restituirt Kap. 1: Si quis servum servamve alienum alienamve quadrupedemve pecudem injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum aes ero dare damnas esto. Kap. III: Ceterarum rerum si quis alteri damnum faxit quod usserit fregerit ruperit injuria, quanti ea res fuerit in XXX diebus proximis, tantam aes ero dare damnas esto. Dies nach l. 2 pr. und l. 27 § 5 D. h. t. 9, 2, sowie Gajus Inst. III §§ 210, 217 und 218. — Das zweite Kapitel der lex behandelte einen anderen Gegenstand; es gab eine Klage gegen den Abstipulator, „qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptum fecerit". Das mag ein Amendement gewesen sein, welches der Volkstribun in seine Rogation aufzunehmen sich genöthigt sah.

4) Die im Anschlusse an die lex Aquilia gewährten Klagen werden bald als actiones „utiles", bald als „in factum" bezeichnet, und zwar ohne Unterschied der Fälle. Dies hat seit Alters befremdet, aber ohne Grund. Actiones utiles hießen sie, weil sie „analog" der lex Aquilia gegeben wurden — oben Bd. 1 § 128 Anm. 7. Sie waren aber in der Regel nicht, wie die a. directa legis Aquiliae in „jus", vielmehr „in factum" conceptae; vgl. Gajus Inst. IV §§ 45 ff.; um deswillen ist nicht minder oft von actiones in factum die Rede. Daß in einem besonderen Falle — Gajus IV § 37 — eine actio „ficticia" analog der civilen aquilischen Klagen gegeben wurde, steht damit nicht in Widerspruch. Auffallend ist nur § 16 I. h. t. 4, 3, welcher die actio utilis und in factum in Gegensatz setzt und ihnen verschiedene Fälle anweist. Diese Stelle ist in ihrem Beginn aus Gajus Inst. III § 219 entnommen, und führt im Anschluß an ihn aus, daß die directa actio eine unmittelbare Beschädigung „corpore" fordere, daß also, wenn der Schaden in anderer Weise verursacht würde, actiones utiles zu geben seien. Darauf fährt die Institutionenstelle — nunmehr ohne die Stütze von Gajus — fort: wenn die Beschädigung nicht in der Verletzung eines corpus bestehe, sondern in Anderem, z. B. in der Freigebung eines gefesselten Sklaven, welcher entweiche, so reiche weder die actio directa noch utilis aus, vielmehr sei man dann auf eine „actio in factum" verwiesen. Dieser Zusatz steht in schroffem Widerspruch mit den Aeußerungen der klassischen Juristen, welche die actio in factum, wie gesagt, geben, wo die Analogie der lex Aquilia eine Klage rechtfertigt. Wie erklärt sich der Anhang? Wahrscheinlich war er Glosse zu den Institutionen des Gajus aus einer Zeit, die von dem alten Klagensystem keine Anschauung mehr hatte. Damals mochte ein Rechtslehrer, welcher bei der lex Aquilia viel von actio in factum gelesen hatte, sich die Sache bei der Erklärung von Gajus Institutionen so zurechtlegen. Das erschien scharfsinnig und elegant, obgleich es verkehrt und herzlich unwissend war. Von den Redaktoren der Institutionen wurde dann die ausbündige Weisheit mit übernommen. Andere Auffassungen haben Pernice a. a. O. S. 144 und Lenel, edictum S. 160. Hervorzuheben ist übrigens, daß bei der a. utilis legis Aquiliae, und insbesondere der in Gestalt der actio in factum gewährten, die besondere Schadensberechnung der lex Aquilia und der Satz lis infitiando crescit in duplum Anwendung fand, l. 12 D. h. t. 9, 2, l. 5 C. h. t. 3, 35.

Zum Thatbestande des Deliktes gehört:

a) Sachbeschädigung — damnum corpori datum. Sie liegt in Zerstörung oder körperlicher Verletzung. Entziehung von Sachen ohne physische Zerstörung, z. B. durch Schlagen von Geld aus der Hand, so daß es nicht wieder zu erlangen ist,[5] sowie Verderben von Sachen ohne deren körperliche Verletzung, z. B. durch Vermischen von Saatgetreide mit Unkrautsamen,[6] ist gleichgestellt.

b) Verschuldung, und zwar genügt geringe Verschuldung — culpa levis.[7]

Wer schuldlos Schaden verursacht, ist also nicht ersatzpflichtig.[8] Daher machen nicht haftbar gesetzmäßige Handlungen der Obrigkeit, z. B. Tödtung von Vieh wegen Ausbruches der Rinderpest, und auch nicht Schadenszufügungen in unverschuldetem Nothstande zur Wahrung berechtigter Interessen.[9]

Nach der älteren römischen Auffassung war unmittelbare Beschädigung durch eine körperliche Handlung — corpore —, also ein sichtbarer Kausalnexus gefordert, nach dem entwickelten Rechte aber genügt jede verschuldete Verursachung des Schadens, z. B. Tödtung durch Reichen von Gift statt der geforderten Arznei.[10]

Viele Neuere fordern Beschädigung durch positives Thun,

---

5) l. 27 § 11 D. h. t. 9, 2.

6) l. 27 §§ 14 und 20 D. h. t. 9, 2.

7) l. 44 D. h. t. 9, 2. Ulpianus libro 42 ad Sabinum: In lege Aquilia et levissima culpa venit, vgl. l. 31 D. eod.

8) l. 3, l. 4 pr. D. h. t. 9, 2 oben Bd. 1 § 125 Anm. 10. Vgl. ferner Unger in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 376.

9) l. 29 § 3 D. h. t. 9, 2. Ulpianus libro 10 ad edictum: Item Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent. si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Dies hat eine merkwürdige Anwendung in dem R.G. Bd. 5 S. 161 entschiedenen Falle erfahren. Vgl. Thur, Ueber den Nothstand im Civilrecht, Habilitationsschrift, Heidelberg 1888. Beachtenswerth ist Liszt in Bekkers und Fischers Beiträgen zum Entwurf Heft 5 S. 8 sowie Lehrbuch des Strafrechts § 33.

10) Daß die ältere römische Jurisprudenz zur actio legis Aquiliae ein „damnum corpore datum" forderte, war nicht, wie man meist behauptet, Folge einer wörtlichen Interpretation des Gesetzes. Denn das Gesetz spricht sich nicht darüber aus, wie die widerrechtliche Tötung oder Verletzung geschehen sein müsse. Die Sache liegt tiefer. Die alte Rechtsprechung verlangte, daß der Kausalzusammenhang sichtbar vor Augen trete, und lehnte die feinere Untersuchung darüber ab. Deswegen mußte das damnum „corpore" datum sein. Die entwickelte Jurisprudenz konnte sich hiermit unmöglich begnügen. Jeder nachweisbare Kausalzusammenhang mußte ihr ausreichen, daher erklärt schon Labeo l. 9 pr. D. h. t. 9, 2 den für haftbar, welcher schuldhafterweise „mortis causam praestitit". Nur mußte man dem alten, traditionell überlieferten Rechtssatze gegenüber bei indirekter Beschädigung zu einer actio utilis greifen. — Ueber den Nachweis des Kausalzusammenhanges zwischen dem Versehn und dem Schaden vgl. R.G. Bd. 10 S. 141.

aber mit Unrecht. Auch schuldhaftes Unterlassen verpflichtet aquilisch. Aber allerdings bilden Unterlassungen nur unter besonderen Voraussetzungen eine Schuld.[11]

Was die Anstellung der Klage anlangt, so gilt:

a) Klagberechtigt war nach der lex Aquilia selbst nur der Eigenthümer der beschädigten Sache.[12] Dinglich an ihr Berechtigte, insbesondere Nießbraucher und Pfandgläubiger[13] sowie gutgläubige Besitzer[14] erhielten aber die Klage analog; ebenso, wer bloß obligatorische Ansprüche auf die Sache hat, wenn er durch die Sachbeschädigung benachtheiligt wird und in anderer Weise nicht zum Ersatz kommen kann.[15]

11) Für den Satz, daß die aquilische Klage nicht wegen eines durch bloße Unterlassungen verursachten Schadens zustehe, stützt man sich — vgl. Vangerow Bd 3 § 68 S. 582 — namentlich auf l. 13 § 2 D. de usu fructu 7, 1. Hier erklärt Ulpian die cautio usufructuaria des Nießbrauchers für nothwendig, weil es Fälle gebe, in welchen die actio legis Aquiliae nicht eingreife, „nam qui agrum non proscindit, qui vites non subserit, item aquarum ductus corrumpi patitur, lege Aquilia non tenetur. Dies beweist aber nicht. Fremde Grundstücke zu bestellen und im Stande zu halten, ist natürlich ohne besonderen Rechtsgrund nicht unsere Pflicht. Wie kann man hieraus schließen, daß man überhaupt für Unterlassungen aquilisch nicht verantwortlich werden kann? Das Gegentheil ergeben namentlich l. 8 pr., l. 27 § 9 D. h. t. 9, 2. Denn die aquilische Klage wird hier zugelassen, wenn ein Chirurg eine an sich gerechtfertigte Operation vornimmt und die weitere Behandlung schuldhafterweise unterläßt, ferner wenn in einem Schmelzofen Feuer angezündet wurde und der Anzündende selbst oder ein Anderer, dem sie oblag, die Bewachung unterließ, so daß in Folge dessen das Haus abbrannte. Windscheid Bd. 2 § 455 und 2 entnimmt aus diesen Stellen, daß „eine Unterlassung nur verpflichte, wenn das Thun durch eine vorhergehende oder begleitende Thätigkeit geboten war". Die Quellen wissen aber von einem solchen „nur" nichts. Aquilische Haftung tritt vielmehr auch dann ein, wenn man schuldhafterweise allgemeine, zum Schutze des Publikums erlassene Gebote mißachtete, so daß die Unterlassung Sachbeschädigungen zur Folge hatte. Dies gilt namentlich bei öffentlichen Strafbestimmungen gegen Unterlassungen. Wer z. B. Reichsstrafgesetzbuch § 367 Ziff. 12 nicht beachtet, wonach Gruben und Oeffnungen da, wo Menschen verkehren, zu verwahren sind, wird dem hierdurch Beschädigten schadenersatzpflichtig. Vgl. R.O.H.G Bd. 11 S. 426.

12) l. 11 § 6 und 7 D. h. t. 9, 2, vgl. Pernice a. a. O. S. 183.

13) l. 11 § 10, l. 12 — l. 17, 1, 30 § 1 D. h. t. 9, 2. Dernburg. Pfandrecht Bd. 2 S. 402. Grüber im Archiv f. civ. Pr. Bd. 75 S. 393.

14) l. 11 § 8, l. 17 D. h. t. 9, 2.

15) Wer bezüglich der beschädigten Sache nur obligatorisch berechtigt war, kann nach der heutzutage herrschenden Ansicht nicht aquilisch klagen, l. 11 § 9 D. h. t. 9, 2, sowie arg. l. 18 § 5 D. de dolo 4, 3 und l. 13 § 12 D. de a. e. v. 19, 1. Eine einzige „Ausnahme" soll es sein, daß der Pächter aquilisch klagen kann, wenn auf dem Pachtgut anstehende Früchte beschädigt werden, l. 27 § 14 D. h. t. 9, 2. S. u. a. Vangerow Bd. 3 § 681 S. 581, Windscheid Bd. 2 § 455 Anm. 17 R.G. Bd. 9 S. 163. Warum aber wird dem Käufer bei Beschädigung der Kaufsache die aquilische Klage versagt, wenn sie der Pächter hat im Falle der Beschädigung der Früchte! Ohne Zweifel, weil der Käufer den Anspruch gegen seinen Verkäufer auf Cession der Klage hat — als commodum rei — vgl. oben Bd. 2 § 98, während dem Pächter ein derartiger Anspruch fehlt. Dies führt auf den allgemeinen Satz, daß auch der bloß obligatorisch Berechtigte dann wegen Sachbeschädigung klagberechtigt ist, wenn er nicht in anderer Weise zum Ersatz seines Schadens kommen kann.

b) Verklagbar ist, wer die Sachbeschädigung direkt oder indirekt — z. B. als Urheber oder Gehülfe[16] — verursacht hat.

Mehrere haften solidarisch. Die Leistung des Einen befreit auch die Uebrigen.[17]

Waren Mehrere bei der That zusammen betheiligt, z. B. durch thätliche Mitwirkung bei einer Schlägerei mit Todtschlag, und ist der Antheil des Einzelnen am Schaden nicht mehr festzustellen, so haftet Jeder für alle Folgen der That.[18]

c) Gegenstand der Klage ist das Interesse des Klägers. Die besondere Schätzung der lex Aquilia, wonach bald der höchste Werth innerhalb des letzten Jahres, bald des letzten Monats vor der That in Anspruch genommen werden konnte, ist nicht recipirt.

In Rom war der Beklagte, welcher seine aquilische Verpflichtung mit Unrecht ableugnete, in das Doppelte zu verurtheilen.[19] Auch dies ist dem gemeinen Rechte stets fremd geblieben.[20] [21]

Vgl. auch l. 41 pr. D. h. t. 9, 2 und dazu Pernice a. a. O. S. 211. Ist doch die Regel bei Deliktsklagen, daß jeder Beschädigte klagberechtigt ist. Sie gilt auch bei der actio de pauperie wegen Beschädigung durch Thiere, l. 2 D. si quadrupes 9, 1. Der unbedingten Durchführung beim damnum injuria datum stellte sich entgegen, daß die lex Aquilia die Klage nur zu Gunsten des „dominus" einführte. Aber nie sollte ein Beschädigter rechtlos sein.

16) l. 11 § 1 D. h. t. 9, 2. Haftet der Anstifter aquilisch? Nach altrömischem Rechte war die Frage zu verneinen; der Anstifter hatte nicht corpore beschädigt. Daher gewährte noch Javolenus — l. 37 pr. D. h. t. 9, 2 — die Klage gegen den Anstifter nicht allgemein. Aber dies ist die Uebergangsstufe. Das Princip des entwickelten Rechtes ist, daß für den Schaden verantwortlich ist, wer ihn verursachte, also auch der Anstifter. Vgl. R.G. Bd. 10 S. 132. Windscheid Bd. 2 § 455 Anm. 27.

17) Anders im römischen Rechte, vgl. oben Bd. 2 § 72 Anm. 5.

18) l. 11 § 2 und § 4, l. 51 § 1 D. h. t. 9, 2. R.G. Bd. 1 S. 89.

19) l. 2 § 1 D. h. t. 9, 2, § 26 I. de actionibus 4, 6.

20) Windscheid Bd. 2 § 455 Anm. 25 ist „principiell" für die heutige Geltung der Steigerung, obgleich er anerkennt, „daß dieselbe nicht in lebendigem Gebrauch ist".

21) Wer in Folge eines Kontraktverhältnisses eine fremde Sache innehat und sie schuldhafterweise beschädigt, kann sowohl mit der Kontraktsklage, als mit der actio legis Aquiliae belangt werden. Hat der Beschädigte aber mit der einen Klage Verurtheilung des Beklagten zum vollen Schadensersatz erlangt, so kann die konkurrirende Klage nicht mehr geltend gemacht werden. Vgl. oben Bd. 1 § 135 Anm. 14, l. 18 § 1 D. commodati 13, 6 und andere bei Dangerow Bd. 3 § 681 Anm. 3 S. 588 citirte Stellen. Sehr bestritten ist aber, ob das Kontraktsverhältniß an sich einen modificirenden Einfluß auf die aquilische Verhaftung habe? In dieser Hinsicht ist zu bemerken: a) Das obligatorische Verhältniß rechtfertigt häufig Handlungen, die ohne dasselbe nicht zulässig wären. Was ohne den Kontrakt Verschuldung wäre, ist es insoweit nicht. In Folge dessen ist dann die actio legis Aquiliae nicht begründet. Der Arbeitsherr verlangt z. B. auf sein Risiko eine Bearbeitung seiner Sache, welche an sich den Kunstregeln nicht entspricht, und sie geht wirklich zu Grunde, l. 27 § 29 D. h. t. 9, 2, oder eine Eisenbahnverwaltung übersendet mit Zustimmung des Absenders Waaren in offenen Waggons, so daß sie durch Funken der Lokomotive in Brand gesetzt werden, R.O.H.G. Bd. 15 S. 83. b) Eine ganz verschiedene Frage ist, ob

§ 132. Schuldhafte Beschädigung und Tödtung einer Person.[1]

Die Grundsätze der Sachbeschädigungen fanden analoge Anwendung auf die Körperverletzungen von Personen.

1. Der Mißhandelte erhielt — etwa seit Hadrian — eine utilis Aquiliae actio gegen den Schuldigen.[2]

In Rom war nur Entschädigung wegen der *Kurkosten*, wegen *versäumten Erwerbes*, endlich wegen der Verkümmerung der *Erwerbsfähigkeit* zu leisten. Wegen der Entstellung und des Schmerzes konnte dagegen nichts beansprucht werden.[3]

Gemeinrechtlich wird aber der Frau, welcher durch Entstellung die Aussicht sich zu verheirathen verkümmert ist, eine vom Richter arbiträr zu bemessende Entschädigung gewährt.[4]

Anerkanntermeise besteht ferner das Recht auf *Schmerzensgelder*.[5] Sie sind nicht Strafe, sondern Ersatz und Ausgleichung der erlittenen Schmerzen.[6] Daher geht die Verpflichtung auf die Erben des Schädigers über. Den Erben des Beschädigten steht aber die Klage nicht zu, wenn sie nicht bereits von ihrem Erblasser erhoben war.

2. Im Falle eines *Todtschlages* haben die *Hinterlassenen*

---

ein Schuldner, welcher aus dem Obligationsverhältnisse nur für dolus und culpa lata haftet, wie der Depositar, um deswillen auch der aquilischen Klage gegenüber nicht weiter in Anspruch zu nehmen ist, so daß er auch ihr gegenüber zu absolviren ist, wenn er die anvertraute Sache durch leichte Verschuldung beschädigte? Dies ist zu verneinen. Wenn leichte Versehen nicht unter der lex contractus begriffen sind, so heißt dies nicht, daß sie erlaubt seien. Als Kontraktsschuldner steht der Depositar allerdings nur für dolus und culpa lata ein, aber in Folge seiner allgemeinen Bürgerpflicht für kulpose Sachbeschädigungen. So namentlich Bangerow Bd. 3 § 681 S. 58. Dort siehe auch die Litteratur.

1) Weinrich, die Haftpflicht wegen Körperverletzung und Tödtung eines Menschen nach den im Deutschen Reiche geltenden Rechte 1883.

2) l. 13 pr. D. h. t. 9, 2, vgl. l. 3 D. si quadrupes 9, 1, l. 7 D. de his qui effuderint 9, 3.

3) l. 7 D. de his qui effuderint 9, 3. Gajus libro 6 ad edictum provinciale: Cum liberi hominis corpus ex eo, quod dejectum effusumve quid erit, laesum fuerit, judex computat mercedes medicis praestitas ceteraque impendia, quae in curatione facta sunt, praeterea operarum, quibus caruit aut carituras est ob id quod inutilis factus est. cicatricium autem aut deformitatis nulla fit aestimatio, quia liberum corpus nullam recipit aestimationem.

4) Seuffert, Archiv Bd. 18 n. 42. Weinrich a. a. O. S. 63.

5) Stobbe, Pr.R. Bd. 3 § 203 S. 417 weist Spuren dieses Rechtes aus dem 15. Jahrhundert nach. Die Praxis fand einen Anhaltspunkt in der Carolina Art. 20 und 21, wonach dem mit Unrecht Gefolterten Ersatz für Schmerzen zugebilligt wird.

6) Manche Neuere suchten den Anspruch auf Schmerzensgelder als Privatstrafe zu konstruiren, wollten auch daraus schließen, daß derselbe in Folge des Reichsstrafgesetzbuchs weggefallen sei. Daß es sich um einen Ersatz handele, hat namentlich Wächter, die Buße 1874 ausgeführt. Ihm sind die Meisten beigetreten. Vgl. Hellmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 78 n. 4.

nach gemeinem Recht Schadensansprüche gegen den Schuldigen. Insbesondere können nach feststehender Gewohnheit Verwandte und Ehegatten, welche einen gesetzlichen Alimentationsanspruch gegen den Getödteten hatten und durch dessen Tod des Unterhaltes beraubt werden, von dem des Todtschlages Schuldigen Ersatz verlangen.[7]

Ferner hat der Vater, dessen Hauskind schuldhafterweise getödtet wurde und der hierdurch dessen Dienste verlor, Entschädigungsansprüche;[8] billigerweise wird man sie im entsprechenden Falle auch dem Ehemanne nicht verweigern, dessen Frau schuldhafterweise getödtet wurde.

Den Hinterbliebenen ist endlich Ersatz der Begräbnißkosten vom Todtschläger zu leisten.[9]

§ 133. Beschädigung durch Thiere.

Wer Schuld an einer Beschädigung Anderer durch Thiere hat, ist aquilisch verantwortlich. Zur Schuld gehört auch Versäumniß der Obhut, ferner Mangel an Gewandtheit und voller Tüchtigkeit, wenn man ein Thier an Orten des Verkehrs führt oder reitet.[1]

Verübte aber ein Thier boshafterweise Schaden, ohne daß Jemanden die Schuld trifft, so hat der Beschädigte die actio de pauperie — eine Noxalklage.[2]

Die Noxalklagen waren wegen der Delikte der Hausuntergebenen geschaffen. Sie nöthigten namentlich den Eigenthümer eines schuldigen Sklaven, ihn zu vertreten und Schadensersatz zu leisten, oder

7) R.G. Bd. 1 S. 90 und insbesondere Bd. 7 S. 139, wo sich die Litteraturnachweise über die Entwickelung dieses Gerichtsgebrauches finden. Im Einzelnen ist Vieles streitig. Vgl. R.G. Bd. 5 S. 108, Bd. 10 S. 50, siehe auch mein preuß. Pr.R. Bd. 2 S. 296. Darüber, daß dieser Entschädigungsforderung die Privilegien der Alimente zuzugestehen sind, vgl. Weinrich a. a. O. S. 76.

8) Vgl. l. 5 § 3, l. 6, l. 7 pr. D. h. t. 9, 2.

9) Bestritten bei Seuffert Bd. 15 n. 225, weil eine derartige Ausgabe Jedem bevorstehe. Aber die jetzt erwachsene, diesen Hinterlassenen obliegende Ausgabe ist durch den Todtschlag verschuldet.

1) l. 8 § 1, l. 52 § 2 D. ad legem Aquiliam 9, 2. Mit Recht hebt dies Eisele in Iherings Jahrbüchern Bd. 24 S. 480 hervor, aber mit Unrecht leugnet er, daß hier noch von culpa gesprochen werden könne, und behauptet, es genüge, daß ein Mensch mit einem Thiere zusammen die „Ursache" eines Schadens gewesen sei, um ihn aquilisch zu verpflichten. Das heißt das geistige Band zerschneiden, welches die bezüglichen Quellenentscheidungen mit den Grundprincipien des römischen Rechtes verbindet. Es soll eben Niemand ein Thier nach Orten des Verkehrs bringen, wenn er nicht die nöthige Kraft und Gewandtheit hat, es zu zügeln, anderenfalls ist er in Schuld, weil er sich auf etwas zum Schaden Anderer einließ, dessen er nicht mächtig war. Vgl. Unger in Grünhuts Ztschrft. Bd. 15 S. 685 Anm. 31. Sturm, Beiträge z. röm. Recht 1891 S. 75.

2) Tit. Dig. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur 9, 1. Inst. 4, 9. Eisele in Iherings Jahrbüchern Bd. 24 S. 480 und die dort S. 488 Citirten.

ihn zur noxa zu geben. Und zwar war nicht der Eigenthümer der Zeit der That, ſondern der Zeit der Litiskonteſtation zu belangen.[3]

Thiere ſind nicht zurechnungsfähig und können keine Delikte begehen. Dies war den Römern der Kaiſerzeit ganz klar.[4]

Aber anders dachten hierüber die römiſchen Bauern ſechs bis ſieben Jahrhunderte früher; ihrer naiven Anſchauung galten boshafte Beſchädigungen ſeitens eines Vierfüßlers als Delikte. Deshalb verpflichteten die 12 Tafeln den Eigenthümer, das boshafte Thier zur noxa zu geben oder den Schaden zu erſetzen.[5] Das Klagerecht erhielt ſich, auch nachdem die primitiven Vorſtellungen, in denen es wurzelte, längſt nicht mehr beſtanden.[6]

Es mußte aber eine beſondere Bosheit oder ungewöhnliche Erregung des Thieres obgewaltet haben und der Schaden auch nicht einem Menſchen zur Laſt fallen.[7]

Kläger iſt der Beſchädigte.[8]

Beklagter iſt der Eigenthümer des ſchädigenden Thieres zur Zeit der Klageerhebung.[9]

---

3) Ueber die römiſchen Noxalklagen vgl. Tit. Dig. de noxalibus actionibus 9. 4; Zimmern, Syſtem der Noxalklagen 1818; ferner die bei Arndts § 326 Anm. 3 Citirten und Lenel, edictum S. 154. Girard, les actions noxales, Paris 1888, darüber Kipp, Ztſchrift d. Savignyſtift. Bd. 10 S. 397.

4) Ulpianus libro 18 ad edictum. l. 1 § 3 D. h. t. 9, 1: Pauperies est damnum sine injuria facientis datum: nec enim potest animal injuriam fecisse, quod sensu caret.

5) So Zimmern a. a. O. S. 79. Vangerow Bd. 3 § 689. Vgl. l. 1 § 11 D. h. t. 9, 1. Wächter, Pand. Bd. 2 § 495 beruft ſich hiergegen auf die oben Anm. 4 abgedruckte Stelle Ulpians. Er würdigt aber dabei nicht den Unterſchied der Zeiten.

6) Ja, man gab die Klage utiliter auch bei Schaden durch Nichtvierfüßler, alſo z. B. Affen oder Hühner. l. 4 D. h. t. 9, 1.

7) Das Princip der Klage entwickelt l. 1 § 4 D. h. t. Ulpianus libro 18 ad edictum: Itaque, ut Servius scribit, tunc haec actio locum habet, cum commota feritate nocuit quadrupes, puta si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos cornu petere solitus petierit, aut mulae propter nimiam ferociam: quod si propter loci iniquitatem aut propter culpam mulionis, aut si plus justo onerata quadrupes in aliquem onus everterit, haec actio cessabit damnique injuria agetur. Nichts Anderes will aber auch l. 1 § 7 D. eod.: Et generaliter haec actio locum habet quotiens contra naturam fera mota pauperiem dedit: ideoque si equus dolore concitatus calce petierit, cessare istam actionem. Dies heißt, es muß ein Schade geſchehen ſein, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht zu erwarten war. Seit der Gloſſe zur l. 1 § 7 D. h. t. wird meiſt gelehrt, die actio de pauperie ſtehe nur zu, wenn das Thier contra naturam „sui generis“ gehandelt habe. Mit Recht ſpricht ſich Eiſele a. a. O. gegen dieſe Gloſſirung aus. Sie iſt nicht quellenmäßig und ſchief. Wenn ein Hund beißt, ein Stier ſtößt, ein Pferd ausſchlägt, meint Eiſele, ſo handeln die Thiere nicht contra naturam „sui generis“; dies wäre nur etwa der Fall, wenn ein Stier beißen oder ein Pferd mit dem Kopfe ſtoßen würde. Die eigenen Anſichten von Eiſele erachten wir freilich für unhaltbar.

8) l. 2 pr. D. h. t. 9, 1: „non solum domino, sed ei cujus interest competit.“ R.G. Bd. 20 S. 199.

Die Klage ist aktiv und passiv vererblich.[10]

In ähnlicher Weise besteht eine noxale actio de pastu, wenn Thiere fremdes Gelände abweiden, ohne daß Jemand eine Schuld hieran trägt.[11 12]

§ 134. Die actio de dejectis et effusis.[1]

Der Bewohner des Raumes, von dem aus ein Wurf oder Guß nach Orten geschieht, wo das Publikum verkehrt, haftet für den Schaden. Dies bestimmte das prätorische Edikt zur Sicherung der Kommunikation im öffentlichen Interesse. Die Klage ist zwar keine Deliktsklage, denn sie gründet sich nicht auf Schuld, aber sie ist einer Deliktsklage nahe verwandt.[2 3]

In Rom gewährte sie das Doppelte des Schadens; gemeinrechtlich geht sie auf den einfachen Schaden.

Der Beweis des Mangels an eigener Schuld entlastet den Bewohner nicht,[4] ohne Zweifel aber der höherer Gewalt, z. B. einer Ueberwältigung durch Aufständische oder Feinde.[5]

Ob man als Eigenthümer, als Miether, ob man etwa umsonst wohnt, ist gleichgültig; aber vorübergehend Aufgenommene haften als solche nicht.[6] Mehrere Bewohner stehen solidarisch ein.[7]

Es kommt nicht darauf an, ob der Wurf oder Guß aus einer

9) l. 1 § 12 D. h. t. 9, 1: „et in quadrupedibus noxa caput sequitur." Miteigenthümer haften solidarisch. Ueber die Frage, ob der Eigenthümer, welcher das Thier veräußert, als dolo desinens possidere verklagt werden kann, vgl. R.G. Bd. 20 S. 205.

10) l. 1 § 17 D. h. t. 9, 1.

11) l. 14 § 3 D. de praescriptis verbis 19, 5. Paul. sent. I, 15 § 1. Eisele a. a. O. S. 495.

12) Die actio de pauperie wurde zwar in Deutschland recipirt, jedoch in der meisten Theilen Deutschlands beseitigt oder doch umgebildet, insbesondere ist das noxae dare nur in wenigen Gebieten üblich; Stobbe, Pr.R. Bd. 3 § 202 S. 407.

1) Tit. Dig. de his qui effuderint 9, 3. Glück Bd. 10 S. 392. Weiß, Haftung für fremde culpa S. 66. Unger in Iherings Jahrb. Bd. 30 n. 4.

2) § 1 I. de obl. quae quasi ex delicto 4, 5, l. 5 § 5 D. de obl. et. act. 44. 7.

3) Nicht recipirt wurde die Strafe des Edikts für den Fall der Tödtung eines Freien, wie auch nicht die Strafe wegen des die Kommunikation bedrohenden „positum habere".

4) l. 1 § 4 D. h. t. 9, 3.

5) Jedoch erwähnen die Quellen diese Ausnahme nicht. Vgl. Unger a. a. O. und in Iherings Jahrb. Bd. 30 S. 416 Anm. 17.

6) l. 1 § 9 D. h. t. 9, 3. Gäste, die sich vorübergehend bei dem Bewohner aufhalten, haften nicht.

7) l. 1 § 10, l. 2—4 D. h. t.

Hause oder einer Bude oder einem Karren oder einem Schiffe,[8] ob er ferner nach einem öffentlichen oder einem anderen Orte geschah, wenn er nur dahin erfolgte, wo zur Zeit Menschen zu verkehren pflegten.[9]

Dem in Anspruch Genommenen steht der Rückgriff gegen den Schuldigen offen.[10]

D. Haftung wegen anderer als Sachbeschädigungen.

§ 135. Ersatz wegen Verschuldung im Allgemeinen.

Die aquilische Klage, auch die analoge, beschränkte sich in Rom ausschließlich auf Zerstörung oder Entwerthung der Körper.[1] Vermögensbeschädigungen anderer Art verpflichteten den Schädiger daher außerkontraktlich nur in Fällen des Dolus.

Anders war es nach der älteren gemeinrechtlichen Lehre und Praxis. Nach ihr galt man wegen jeder verschuldeten Schadenszufügung als zur Schadloshaltung verbunden, und mit der actio Aquiliae utilis haftbar.[2] Dies warf aber die gemeinrechtliche Theorie unseres Jahrhunderts über Bord, theils weil sie sich ausschließlich auf den Boden der römischen Quellen stellte, theils weil sie eine so allgemeine außerkontraktliche Schadensklage als zu vag und als für den Verkehr bedenklich ansah.[3] Ihr folgt die neuere Praxis.[4]

Dennoch hat man bei bestimmten Thatbeständen an der außerkontraktlichen Schadensklage wegen jeder Verschuldung festgehalten:

a) Bei Schadenszufügung durch Ausbringen eines ungerechten Arrestes.[5]

8) l. 6 § 3 D. h. t. 9, 3.

9) l. 1 § 2, l. 6 pr. § 1 D. h. t. 9, 3.

10) l. 5 § 4 D. h. t. 9, 3. Dies auf Grund der Autorität von Labeo.

1) Pernice, Sachbeschädigung S. 157.

2) Vgl. die bei Landsberg, Injuria S. 107 Anm. 3 citirten Autoritäten, welche leicht zu vermehren sind.

3) Windscheid Bd. 2 § 451 Anm. 2 und dort Citirte.

4) R.O.H.G. Bd. 10 S. 404 und R.G. Bd. 9 S. 163.

5) Reichsabschied von 1594 § 87. Sehr bestritten ist, ob der Arrestleger im Fall ungerechtfertigten Arrestes schlechthin auf das Interesse haftet — was namentlich Henrici in Rassow und Küntzels Beiträgen Bd. 32 S. 161 vertheidigt — oder nur, wenn ihm eine Verschuldung zur Last liegt. Die Kosten hat er jedenfalls nach den allgemeinen Grundsätzen der C.P.O. ohne Rücksicht auf Verschulden zu tragen; aber die Pflicht zur Interessevergütung entsteht nur im Falle der Verschuldung. R.G. Bd. 7 S. 374, Bd. 26 S. 304. Jedoch muß der Arrestleger, welcher den anderen Theil durch den Arrest ungerechtfertigterweise beschädigte, seinerseits darthun, daß er dringende Gründe dazu hatte, den Arrest auszubringen, also ohne Schuld war. So auch Kahane, die Folgen eines ungerechten Arrestes in Grünhuts Ztschrift. Bd. 19 S. 99, dort siehe die Litteratur.

b) *Beamte* — richterliche wie nichtrichterliche —. sind nach überwiegender Praxis den Beschädigten wegen jeder Verschuldung *bei Verwaltung ihres Amtes* zum Schadensersatz verbunden. Sie haften aber nur subsidiär, d. h. bloß wenn der Beschädigte von anderer Seite Ersatz nicht erlangen kann.[6][7]

c) Verschulden bei *Vertragsunterhandlungen* — culpa in contrahendo — macht, auch wenn es nicht zum Vertrage kommt, also außerkontraktlich — ersatzpflichtig.[8]

§ 136. Actio doli.[1]

Jede widerrechtliche bösliche Vermögensbeschädigung, die nicht in anderer Weise ebensogut ausgleichbar ist, begründet die actio doli.[2]

Dieselbe ist also eine generelle, aber subsidiäre Klage wegen Dolus.

a) Ursprünglich eingeführt für Fälle des Betruges, also absichtlicher *Täuschung*,[3] wurde sie auch bei anderen arglistigen *Veranstaltungen* gegeben.[4] Auch hierauf beschränkte sie sich indeß nicht.

6) In Rom wurden magistratus municipales in Folge eines durch Trajan veranlaßten Senatuskonsultes den Pupillen subsidiär haftbar, wenn sie etwas in der Bestellung der Vormünder versehen hatten, l. 5 C. de magistratibus conveniendis 5, 75, und zwar hafteten sie für culpa l. 7 D. de mag. conv. 27, 8. Auch der judex wurde seit der Zeit von Gajus für imprudentia, welche auf culpa levis hinaus kommt, in Anspruch genommen, vgl. P. Ufteri, die privatrechtliche Verantwortlichkeit des römischen Richters, Zürich 1877; Pernice, Labeo Bd. 2 S. 291; Lenel edictum S. 135; l. 5 § 4 D. obl. et act. 44, 7. Gemeinrechtlich knüpfte man an die Haftbarkeit der Municipalmagistrate an und wendete sie unbestrittenermaßen auf die Obervormundschaftsbehörden an. Aber man ging weiter und erklärte die Beamten überhaupt für jede Beschädigung der Privaten durch ihre Amtshandlungen mindestens subsidiär für haftbar. Vgl. Seuffert, Pandekten § 425 und dort Citirte. Siehe auch Völderndorff im Archiv für praktische Rechtswissenschaft n. F. Bd. 12. Pfizer im Archiv f. civ. Praxis Bd. 72 S. 66. Klewitz, Entschädigungsansprüche aus rechtswidrigen Amtshandlungen 1891.

7) Der *Spruchrichter* hat einmal die *Feststellung des Thatbestandes*. In dieser Beziehung haftet er wegen jeden, auch leichten Versehens. Ihm liegt ferner ob, über denselben zu *urtheilen*. Dies muß mit Freiheit geschehen können. Eine angebliche leichte Verschuldung kann nach dieser Richtung hin von der unterliegenden Partei nicht geltend gemacht werden, sondern nur dolus oder culpa lata. Vgl. Haffner, civilrechtliche Verantwortlichkeit der Richter 1885. Anders Klewitz a. a. O. S. 33.

8) Oben Bd. 2 § 10 Anm. 10.

1) Tit. Dig. de dolo malo 4, 3; Cod. 2, 20; Pernice, Labeo Bd. 2 S. 97.

2) Ueber die Aufstellung der Klage durch Aquilius Gallus vgl. oben Bd. 1 § 104 Anm. 3.

3) Aquilius, von Jemandem, welchem das neue Rechtsmittel offenbar zu „vag" war, gefragt: „quid esset dolus malus?", antwortete: „quum esset aliud simulatum, aliud actum". An dieser Begriffsbestimmung hielt auch Servius Sulpicius fest. Siehe die oben Bd. 1 § 86 Anm. 4 abgedruckte l. 1 § 2 D. h. t. 4, 3.

4) So Labeo nach l. 1 § 2 D. h. t. 4, 3.

Sie soll bösliche Vermögensschädigung jeder Art gut machen, welche Gestalt dieselbe annehmen, welcher Mittel sie sich bedienen möge.[5]

b) Der Anspruch hat einen ergänzenden und subsidiären Charakter. Doch ist die actio doli auch zulässig, wenn andere Rechtsmittel nicht gleich sicheren Erfolg versprechen.[6 7]

Ist es zu einem Kontraktsschlusse gekommen, so ist die Kontraktsklage, nicht die Dolusklage anwendbar.

Dies ist vorzugsweise wichtig wegen der kurzen Verjährung der außerkontraktlichen Dolusklage. Sie verjährt in 2 Jahren vom begangenen Dolus ab, geht jedoch auch nachher auf den Betrag der Bereicherung des Beklagten.[8]

Geschah der Dolus zu Gunsten eines Dritten, der nicht kolludirte, so haftet dieser auf den Betrag seiner Bereicherung.[9]

E. Die Injurienklage.

§ 137. Begriff und Grundsätze.[1 2]

Entwendungen, Sachbeschädigungen und Dolus sind Delikte gegen das Vermögen, die Injurie ist das Delikt gegen die Person.

---

5) Pernice a. a. O. S. 107 will im Anschlusse an die Definition von Labeo die actio doli auf hinterlistige schlaue Veranstaltungen einschränken. Mit Unrecht. Unter Anderem ist die actio doli begründet, wenn Jemand redlicherweise eine nicht obligatorisch verbindende Zusage macht, sie aber später zurücknimmt, nachdem der andere Theil, auf sie vertrauend, Aufwendungen vorgenommen hat, die hierdurch fruchtlos werden, l. 34 D. h. t. 4, 3, l. 16 § 1 D. de praescriptis verbis 19, 5, R.G. Bd. 8 S. 176. Wo ist hier die arglistige „Veranstaltung"? Die Jurisprudenz hat eben erst allmählich den vollen Thatbestand des Deliktes zu entwickeln gewagt, und ist hierbei über die älteren Definitionen weit hinausgegangen. Vgl. R.G. Bd. 21 S. 286.

6) l. 7 pr. D. h. t. 4, 3. Die actio doli ist namentlich auch zuständig, wenn es zweifelhaft ist, ob eine andere Klage begründet ist, l. 7 § 3 D. h. t. 4, 3, wenn eine gegen einen Dritten offenstehende Klage wegen dessen Insolvenz keinen Erfolg verspricht, l. 6 D. h. t. 4, 3, vgl. auch l. 18 § 5 D. eod. — Manche, z. B. Windscheid Bd. 2 § 451 Anm. 10, behaupten, die Subsidiarität sei eine Folge des infamirenden Charakters der actio doli im römischen Reiche gewesen und mit diesem im gemeinen Rechte weggefallen. Dies ist unbegründet, wie auch R.G. Bd. 23 S. 143 annimmt. In der l. 1 § 4 D. h. t. 4, 3 billigt allerdings Ulpian die Subsidiarität der actio doli, weil sie infamirend sei. Damit ist aber nicht gesagt, daß dies der Grund des Prätors war. Derselbe liegt vielmehr in der außerordentlichen Natur der Klage, die nur Nothbehelf sein sollte. Derzeit hat die Subsidiarität natürlich vorzugsweise dann praktische Bedeutung, wenn dem Benachtheiligten gegen einen Anderen als den dolosen Schädiger eine Klage zusteht, und in diesem Falle ist sie auch zweckmäßig.

7) Römische Eigenthümlichkeiten der actio doli waren noch, daß sie der Prätor nur nach vorgängiger Sachuntersuchung und regelmäßig auch nicht wegen einer geringen Summe gewährte, l. 9 § 5 D. h. t. 4, 3. Dies hing mit der staatsrechtlichen Stellung der römischen Magistrate zusammen und ist nicht recipirt.

8) l. 8 C. h. t. 2, 20. Im klassischen Rechte war die Verjährungszeit ein annus utilis. Für die Geltung der kurzen Verjährung auch R.G. Bd. 23 S. 178.

9) l. 15 pr. §§ 1 und 2, D. h. t. 4, 3.

Auch die römische Injurie hat einen weiten Thatbestand. Nicht bloß um Körperverletzungen und Beleidigungen, also besondere Kränkungen des Ehrgefühls handelt es sich. *Injurie ist vielmehr jede absichtliche widerrechtliche Aeußerung der Mißachtung der Persönlichkeit.*[3]

a) Der animus injuriandi, welcher ihr zu Grunde liegt,[4] ist bewußt geringschätziges Benehmen gegenüber einem Anderen. Dessen Kränkung muß keineswegs der Zweck des Handelns sein; es genügt, daß man, um andere Zwecke zu erreichen, die Kränkung nicht scheute.

b) Die injuriöse Handlung kann sich *direkt* gegen die fremde Person wenden, ihren Körper antasten, ihre Freiheit verkümmern,[5] ihrer Ehre zu nahe treten oder ihren Namen mißbrauchen.[6]

Es giebt außerdem *indirekte Injurien*, deren Begriff und Umfang freilich viel Zweifelhaftes hat. Sie liegen in der böslichen absichtlichen Antastung der *Rechte* des Anderen *an der Außenwelt*.[7]

Eine indirekte Injurie kann man in jedem Diebstahl, in absichtlicher Sachbeschädigung, in sonstiger doloser Vermögensverletzung finden. Denn wer böslich fremden Besitz mißachtet, der mißachtet auch den Besitzer. Aber eine Injurienklage wird hier nicht gewährt. Die Injurienklage ist vielmehr in Fällen doloser Antastung von Gerechtsamen

1) Tit. Inst. de injuriis 4, 4, Dig. 47, 10, Cod. 9, 35.

2) A. D. Weber, über Injurien und Schmähschriften 1793 ff., 4. Aufl. 1820; Walter im neuen Archiv des Kriminalrechtes Bd. 4 S. 108 ff., S. 241 ff.; Jhering, Rechtsschutz gegen injuriöse Rechtsverletzungen in seinen Jahrbüchern Bd. 23 n. 6; Landsberg, Injuria und Beleidigung 1886. Dort findet sich weitere Litteratur.

3) Bekanntlich kannten bereits die zwölf Tafeln die injuria, welche sie mit der Buße von 25 Assen bedrohten. Die altrömische Jurisprudenz scheint aber unter injuria — vgl. Landsberg a. a. O. S. 32 und dort Citirte — nur *Körperverletzung* verstanden zu haben. Hieraus erklärt sich, daß der Prätor besondere Edikte gegen andere Arten von persönlichen Verletzungen erließ, insbesondere wegen „convicium", wegen Antastungen der Schamhaftigkeit und „ne quid infamandi causa fiat", vgl. Lenel, edictum S. 320. Jedenfalls findet schon Labeo das Wesen der injuria in der contumelia, l. 13 § 4 D. h. t. 47, 10. Als contumelia charakterisiren die Injurie geradezu die klassischen Definitionen der Institutionen pr. I. h. t. 4, 4 dem Paulus entnommen — collatio II. 5 § 1 — und die l. 1 pr. D. h. t. 47, 10 von Ulpian. Die Stelle von Paulus sucht contumelia zu veranschaulichen durch *ὕβρις*. Im weiteren Sinne ist injuria nach den gedachten Stellen „omne quod non jure fit", *ἀδίκημα*.

4) l. 3 § 1 D. h. t. 47, 10. Ulpianus libro 56 ad edictum „injuria ex affectu facientis consistit".

5) Realinjurien und Verbalinjurien unterscheidet l. 1 § 1 D. h. t. 47, 10.

6) Ein Fall aus dem heutigen Leben ist Setzen unseres Namens unter einen Aufruf oder eine Petition ohne unsere Ermächtigung.

7) Hiernach unterscheidet Jhering a. a. O. Verletzung einer Person in dem „*was sie ist*" und in dem „*was sie hat*" und bezeichnet die Injurienklage im ersten Fall als „abstrakte", im zweiten als „konkrete".

nur *subsidiär*, d. h. sie wird dadurch ausgeschlossen, daß Strafklagen wegen der Verletzung des Vermögens bestehen.[8]

Hauptfälle indirekter Injurien, welche eine Injurienklage erzeugen, sind Störung des Gemeingebrauches,[9] Behinderung des Eigenthümers in der Benutzung seiner Sachen,[10] Eindringen in das fremde Besitzthum gegen den Willen des Eigenthümers.[11]

Gegenstand der Injurienklage ist eine von dem Richter zu bemessende Privatstrafe,[12] bei der auch die pekuniäre Benachtheiligung des Klägers in Betracht zu ziehen ist.[13] Sie ist aktiv und passiv unvererblich[14] und verjährt in einem Jahre utiliter berechnet.[15] Die private Injurienklage wurde in Deutschland recipirt.[16] Viele erachten sie jedoch als durch die Reichsgesetzgebung derzeit beseitigt.[17] Dies ist richtig für Beleidigungen und Körperverletzungen,[18] unrichtig aber für

---

8) Die Römer haben die Verletzung, welche für die Person des Beschädigten in einem gegen sie verübten Diebstahl, in Sachbeschädigung oder Dolus liegt, schon scharf geahndet durch die Strafzuschläge der actio furti, legis Aquiliae und den infamirenden Charakter der actio doli. Deswegen sollte nicht außerdem eine actio injuriarum zulässig sein. Wenn aber das Delikt nicht vollendet war, insbesondere wenn ein Dieb sich um zu stehlen eingeschlichen hatte, aber den Diebstahl nicht vollzog, so daß Sühne durch actio furti nicht zu erreichen war, gewährte man die Injurienklage, l. 21 § 7 D. h. t. 47, 2. Ihering und Landsberg a. a. O. suchen die Grenze der Injurienklage aus dem Begriffe der Injurie selbst zu gewinnen. Dies ist wohl nicht gelungen.

9) l. 1 § 9 D. ne quid in loco publico 43, 8. Ulpianus libro 68 ad edictum: Si quis in mari piscari aut navigare prohibeatur, non habebit interdictum, quemadmodum nec is, qui in campo publico ludere, vel in publico balineo lavare aut in theatro spectare arceatur: sed in omnibus his casibus injuriarum actione utendum est. l. 13 § 7 D. h. t. 47, 10. Ueber entsprechende Anwendungen auf Fälle des heutigen Lebens vgl. Ihering a. a. O. S. 270.

10) l. 24 D. h. t. 47, 10, l. 25 D. de a. e. v. 19, 1, l. 44 D. h. t. 47, 10. Anwendungen auf Nachbarverhältnisse und insbesondere Kollisionen zwischen Miethern macht Ihering a. a. O. S. 280. Wenn aber Ihering die Veranstaltung von Tanzvergnügen in der oberen Etage ohne Weiteres als mittelbare Injurie gegen den Miether der unteren auffaßt, so dürfte er zu weit gehen.

11) l. 5 pr. §§ 2, 5 D. h. t. 47, 10.

12) Der Prätor hatte an die Stelle der Injurienklage der 12 Tafeln auf 25 Asse die actio injuriarum aestimatoria gesetzt, bei welcher der Richter die Höhe der Strafe nach seinem Ermessen feststellte. l. 17 § 5 D. h. t.

13) l. 8 C. h. t. 9, 35, Landsberg a. a. O. S. 90.

14) l. 13 pr. D. h. t. 47, 10.

15) l. 5 C. h. t. 9, 35.

16) Die Reception der römischen actio injuriarum aestimatoria in Deutschland ist unbezweifelt. Und zwar wurde sie in ihrem römischen Umfange recipirt, also namentlich auch für den Fall, wenn es sich nicht gerade um direkte Ehrenkränkungen handelte. Vgl. hierüber Landsberg a. a. O. S. 66.

17) Die neueren Pandektenkompendien nehmen durchgängig völlige Beseitigung an, siehe die Citate bei Ihering a. a. O. S. 267 Anm. 1.

18) Es verordnet nämlich § 11 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Strafprozeßordnung: Die Verfolgung von *Beleidigungen* und *Körperverletzungen*

andere Fälle, insbesondere für indirekte Injurien. Hier hat sie sich als Klage auf Schadensersatz erhalten.[19]

Zweites Kapitel.

Die Konditionen.

§ 188. A. Die Konditionen im Allgemeinen.[1]

Erwerb aus fremdem Vermögen ohne gerechten Grund erzeugt eine persönliche Klage auf Rückerstattung — eine Kondiktion.[2]

Die Kondiktionen — judicia stricti juris, welche Ursprung und Namen aus der Zeit der legis actiones hatten — bestanden in der actio certae pecuniae creditae wegen kreditirter Geldsummen, der condictio triticaria wegen aller bestimmter Objekte und endlich der condictio incerti wegen Werthe von anderer Art.[3] Die Kondiktionen waren ursprünglich nur zur Rückforderung von kontraktlich Kreditirtem bestimmt. Aber die Jurisprudenz benutzte sie etwa seit den letzten Jahrhunderten der Republik[4] auch zur Rückforderung dessen, was außerkontraktlich ungerechtfertigerweise aus fremdem Vermögen erworben war. Hierdurch machte sie diese strikten Klagen den höchsten Zwecken der Billigkeit dienstbar.

Die außerkontraktlichen Kondiktionen setzen voraus:

---

findet nur nach den Vorschriften der Strafprozeßordnung statt. Damit sollte die ästimatorische Injurienklage aufgehoben werden, natürlich aber nur soweit es sich um Beleidigungen und Körperverletzungen handelt.

19) Dies ist im Wesentlichen die Ansicht von Ihering a. a. O. 268. Der Versuch von Landsberg a. a. O., die römische actio injuriarum aestimatoria, soweit sie sich noch erhalten hat, in den Strafprozeß und vor die Schöffengerichte zu verweisen, erscheint mir verfehlt.

1) Savigny, System Bd. 5 S. 503: „Die Kondiktionen"; Windscheid, d. L. des römischen Rechtes von der Voraussetzung 1850; Erxleben, die condictiones sine causa 1. Abth. 1850, 2. Abth. 1852; Witte, die Bereicherungsklagen 1859; Jacobi, Rechtsbegriff der Bereicherung in Iherings Jahrb. 4 S. 296; Voigt, die condictiones ob causam 1862. Vgl. auch Lenel im Archiv f. civ. Praxis Bd. 74 und Windscheid daselbst Bd. 78 S. 161 ff.

2) l. 66 D. de condictione indebiti 12, 6. Papinianus libro 8 quaestionum: Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.

3) Oben Bd. 1 § 131.

4) Vgl. Voigt a. a. O. S. 226.

1. Erwerb des Kondiktionsschuldners aus dem Vermögen des Kondiktionsgläubigers.

Sie haben also eine reale Grundlage. Deshalb stellten die römischen Juristen wenigstens die condictio indebiti der Darlehensklage an die Seite.[5]

Der einfachste und ursprüngliche Fall ist Erwerb des Eigenthums an körperlichen Sachen. Aber im entwickelten Rechte genügt jede Vermehrung des Vermögens des Einen auf Kosten des Anderen, z. B. durch Erlangung von dinglichen Rechten an fremder Sache,[6] Erwerb von Forderungen,[7] Erlaß von Verbindlichkeiten,[8] Ersparnisse anderer Art.[9] Und auch darauf kommt es nicht an, daß die Werthe direkt aus dem Vermögen des Einen an den Anderen gekommen waren.[10]

Wer in den Besitz einer fremden Sache kommt, ohne deren Eigenthum zu erlangen, hat die Sache noch nicht erworben. Der Eigenthümer kann sie noch vindiciren, deshalb kann er sie nach altrömischem Rechtssatz nicht kondiciren. Der Dieb jedoch konnte sich hierauf nicht berufen. Kondicirte also der Bestohlene die entwendete Sache, die noch in seinem Eigenthume stand, so war die Klage gültig — „odio furum".[11]

Der Satz hat aber überhaupt seine Bedeutung im Wesentlichen verloren, seit man gegen denjenigen, welcher den Besitz einer fremden Sache ohne Rechtsgrund an sich gebracht hat, eine condictio possessionis gewährt, welche auch dem Eigenthümer jener Sache zusteht, welcher den Besitz verlor.[12]

2. Der Vermögensübergang, obgleich formal vollendet, muß materiell ungerechtfertigt sein. Und zwar kann es sich:

a) um eine Unredlichkeit des Kondiktionsschuldners handeln, so daß der Erwerb auch subjektiv widerrechtlich ist.

Wegen unredlichen Erwerbes bestehen drei Arten von Kondiktionen, nämlich die c. furtiva, ob turpem causam und ob injustam causam.

---

5) Gajus Inst. III § 91.

6) l. 12 D. de condictione indebiti 12, 6.

7) l. 1 pr. D. de condictione sine causa 12, 7.

8) l. 4, l. 10 D. de cond. causa d. c. n. s. 12, 4.

9) Siehe Windscheid Bd. 2 § 421 Anm. 10 ff.

10) Vgl. namentlich den oben Bd. 1 § 225 Anm. 25 besprochenen Fall.

11) Gajus Inst. IV § 4, § 14 I. de actionibus 4, 6.

12) l. 15 § 1 D. de cond. indeb. 12, 6, l. 2 D. de cond. trit. 13, 3. Vgl. über die condictio possessionis Bruns, Besitzklagen S. 185; Pflüger, Besitzklagen S. 120.

b) Es genügt aber auch, daß bloß objektiv ein Unrecht vorliegt, ohne daß dem Kondiktionsschuldner subjektiv eine Verschuldung zur Last fällt.

Der Zweck ist dann die Anfechtung formalen Rechtes, welches der tieferen, der materiellen Begründung entbehrt.

Auch solcher Kondiktionen giebt es drei: nämlich die c. indebiti, ob causam und sine causa.

Die Neueren bezeichnen die Kondiktionen meist als Bereicherungsklagen, indem sie deren Zweck in die Herausgabe ungerechtfertigter Bereicherung setzen.[13] Dies ist keineswegs allgemein zutreffend. Allerdings haben die Kondiktionen eine reale Grundlage und gehen auf Rückerstattung, aber keineswegs stets bloß bis zum Betrag der Bereicherung des Beklagten. Insbesondere bezwecken die Kondiktionen wegen subjektiver Unredlichkeit des Kondiktionsschuldners volle Interessevergütung.[14]

B. Kondiktion unredlichen Erwerbes.

§ 139. Die condictio furtiva.[1]

Die condictio furtiva verbindet zur Rückerstattung von entwendetem Gut.

Es ist alte Streitfrage, ob sie eine Deliktsklage sei? Natürlich setzt sie ein Delikt, das furtum, voraus. Aber ihr Klagfundament ist ein reales, namentlich das Erlangen des Entwendeten aus dem Vermögen des Bestohlenen, und ihr Klagzweck der reale der Rückerstattung. Sie ist daher wahre Kondiktion.[2] Dies zeigt sich in ihren einzelnen Sätzen:

---

13) So namentlich Savigny a. a. O. 564. Ihm folgen die Späteren. Hiernach giebt u. a. Windscheid der Lehre der Kondiktionen die Aufschrift „ungerechtfertigte Bereicherung". Er verkennt nicht, daß dies auf die condictio furtiva nicht paßt und sucht diese aus dem Kreise auszuscheiden. — Gegen den Ausdruck „Bereicherungsklagen," Jacobi a. a. O. S. 160, 182.

14) Bereicherung des Einen mit dem Nachtheil eines Anderen begründet für sich allein keine Verpflichtung. Hierauf beruht die Ordnung der menschlichen Gesellschaft, ihr Streben und Kämpfen. Im Widerspruche steht nicht Pomponius libro ex variis lectionibus l. 206 D. de R. J. 50, 17: Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem. Es muß nur auf injuria das gebührende Gewicht gelegt werden. In l. 14 D. de condictione indebiti 12, 6 erklärt sich die verkürzte Wendung durch ihre besondere Beziehung auf den in l. 13 § 1 D. eod. erörterten Fall. A. Ansichten hatte W. Sell, Versuche 1833.

1) Tit. Dig. de condictione furtiva 13, 1, Cod. 4, 8.

2) Für eine Deliktsklage erklärt die c. furtiva unter den Neueren vorzugsweise Francke, Beiträge S. 29. Nach Windscheid Bd. 2 § 453 ist sie ein „Deliktsanspruch im Gewande eines Anspruches aus ungerechtfertigter Bereicherung". Hiergegen

a) Kläger ist nur der Eigenthümer sowie der dinglich Berechtigte, dem etwas entwendet ist.[3] Die Klage erlischt, wenn der Eigenthümer durch eigene Handlungen das Eigenthum des Gestohlenen aufgiebt.[4] Denn sie vertritt die Stelle der Vindikation.[5]

b) Nur wer realiter kontrektirte, nicht aber der Urheber und Gehülfe können belangt werden.[6]

Mehrere, welche die Kontrektation zusammen vornahmen, haften jedoch solidarisch.[7]

Die Klage geht gegen die Erben des Entwenders unbeschränkt, als Vermögensklage, nicht beschränkt wie eine Deliktsklage.[8]

c) Gegenstand der Klage ist Rückerstattung des Entwendeten. Dabei ist der Entwender stets in Verzug. Deshalb haftet er für zufälligen Untergang, hat den höchsten Werth zu ersetzen, welchen die entwendete Sache jemals zwischen der Zeit des Diebstahls und der Verurtheilung hatte, und muß nicht nur die selbst gezogenen Früchte restituiren, sondern alle, welche der Bestohlene hätte ziehen können.[9]

Savigny Bd. 5 S. 551 und Vangerow Bd. 3 § 679 Anm. 2. Daß die Römer die condictio furtiva durchaus nicht als Deliktsklage ansahen, ergiebt sich unter Anderem aus deren Behandlung, wenn ein Sklave gestohlen hatte. Wäre sie Deliktsklage, so wäre sie gegen den jeweiligen Herrn des diebischen Sklaven als noxale gegangen, nicht minder gegen den Dieb selbst nach seiner Freilassung. Sie wurde aber gegen den Hausherrn nur als Pekulienklage gegeben, eine condictio furtiva noxalis existirte nicht und wird auch durch l. 4 D. h. t. 13, 1 nicht bezeugt, vgl. Savigny a. a. O. S. 562. Dem entsprechend konnte auch gegen den Sklaven selbst nach seiner Freilassung zwar die actio furti, nicht aber die condictio furtiva angestellt werden, falls er nicht als Freier den Diebstahl fortgesetzt hatte, l. 15 D. h. t. 13, 1.

3) l. 1, l. 12 § 1 D. eod. 13, 1. Wäre die condictio Deliktsklage, so hätte man sie allen Interessirten zugestehen müssen. Aber ihr Fundament ist Erwerb aus fremdem Vermögen. Daher hat sie nur der Eigenthümer und der dinglich Berechtigte.

4) l. 10 § 2, l. 12 pr. D. h. t. 13, 1.

5) Daß die condictio furtiva elektiv mit der vindicatio konkurrirt — oben § 138 Anm. 11 — steht damit nicht im Widerspruch.

6) l. 6 D. h. t. 13, 1 von Ulpian. Paulus freilich in der l. 53 § 2 D. de V. S. 50, 16 läßt die condictio furtiva wohl gegen den Gehülfen, nicht aber gegen den Urheber des furtum zu. Lenel, edict. S. 262. Dieser Widerspruch erklärt sich nicht, wie Windscheid Bd. 2 § 453 meint, aus der Doppelnatur der condictio und daraus, daß Ulpian auf das Gewand — die Kondiktionennatur —, Paulus aber auf das Innere — den Deliktscharakter — gesehen habe. Denn dann hätte Paulus die condictio auch gegen den Urheber geben müssen. Vielmehr nahm Paulus an, daß der Gehülfe, weil er an der Kontrektation theilnahm, wenigstens thatsächlich etwas aus dem fremden Vermögen an sich genommen habe, was ihm dann odio furum zur condictio genügen mochte.

7) l. 1 C. h. t. 4, 8.

8) l. 9 D. h. t. 13, 1.

9) l. 8, l. 20 D. h. t. 13, 1. Nach heutigem Rechte sind ohne Zweifel auch Zinsen zu erstatten.

§ 140. Condictio ob turpem vel injustam causam.[1]

Kondicirbar ist regelmäßig Alles, was man in Folge von Vergehen oder sonstiger grober Unsittlichkeit an sich brachte.

1. Besonderer Art ist die condictio ob turpem causam[2] mit dem Zwecke der Rückerstattung dessen, was sich der Kondiktionsschuldner unsittlicherweise von dem Kondiktionsgläubiger um künftiger Handlungen oder Unterlassungen willen leisten ließ.

Vorausgesetzt ist, daß die Leistung nur für den Empfänger, und nicht für den Geber schändlich war. Es gehören dahin namentlich Erpressungen, z. B. Abkaufen der Veröffentlichung eines Pamphletes oder Bezahlung, um ein Depositum zurückzuerhalten, welches der Depositar ohne solche seiner Pflicht zuwider nicht erstatten will.[3]

Lag in dem Geschäft zugleich eine Unsittlichkeit des Gebers, z. B. im Falle des Dingens eines Mörders, so kann nichts zurückgefordert,[4] aber das bloß Versprochene auch nicht eingeklagt werden.[5]

2. Jeder sonstige unsittliche Erwerb begründet die condictio ob injustam causam,[6] z. B. Annahme wucherischer Zinsen.[7]

Der Inhalt dieser Anspruche bestimmt sich nach den Grundsätzen der condictio furtiva.[8]

---

1) Tit. Dig. de condictione ob turpem vel injustam causam 12, 5, Cod. de condictione ob turpem causam 4, 7, sowie Tit. Cod. de condictione ex lege et sine causa vel injusta causa 4, 9.

2) Früher stritt man darüber, ob die Benennungen condictio ob turpem vel injustam causam Verschiedenes oder Identisches bezeichneten, Glück Bd. 13 S. 50. Derzeit ist man darüber einig, daß es sich um verschiedene Klagen handelt.

3) l. 1 § 2 D. h. t. 13, 5. Paulus libro 10 ad Sabinum: Quod si turpis causa accipientis fuerit etiamsi res secuta sit, repeti potest; l. 2 D. eod. Ulpianus libro 26 ad edictum: utputa dedi tibi ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas . . Item si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te, vel ut instrumentum mihi redderes.

4) l. 3 D. h. t. 13, 5, Paulus libro 10 ad Sabinum: Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur non posse repeti dicimus, veluti si pecunia detur ut male judicetur. Vgl. ferner l. 4 § 3 D. eod. Ulpianus libro 26 ad edictum: Sed quod meretrici datur repeti non potest, ut Labeo et Marcellus scribunt, sed nova ratione, non ea, quod utriusque turpitudo versatur, sed solius dantis: illam enim turpiter facere, quod sit meretrix, non turpiter accipere, cum sit meretrix.

5) l. 1, l. 5 C. h. t. 4, 7.

6) l. 6 D. h. t. 12, 5.

7) l. 3 C. h. t. 4, 9.

8) l. 7 C. h. t. 4, 7. Nach l. 4 C. eod. konnten keine Zinsen gefordert werden. Dies war Folge der strikten Natur der in Rom hier anzustellenden actio certae pecuniae creditae und kann derzeit bei Kondiktionen wegen unredlichen Erwerbes keine Anwendung mehr finden.

C. Die Kondiktionen wegen objektiv ungerechtfertigten Erwerbes.

§ 141. Die condictio indebiti.[1]

Zahlung einer vermeinten, aber nicht bestehenden Schuld begründet die condictio indebiti.

Auch derartige Zahlungen übertragen Eigenthum; denn der Geber wie der Empfänger hatten den Willen der Uebereignung bei der Uebergabe.[2]

Aber der Zweck des Geschäftes, die Schuldtilgung, ist nicht zu erreichen, denn es fehlt die Schuld. Die Uebereignung ist also grundlos. Deshalb wird dem irrthümlich Zahlenden die condictio indebiti auf Rückerstattung eröffnet. Ihre Erfordernisse sind folgende:

1. Zahlung zum Zweck einer Schuldtilgung.[3] Dies ist im weitesten Sinne zu nehmen. Uebereignung von Geld, von anderen Fungibilien, einer Species, Leistung von Diensten,[4] Uebernahme von Verpflichtungen,[5] selbst Verzichte[6] gehören hierher.

Eigentliche Zahlung ist nicht unumgänglich, auch Leistung an Zahlungsstatt begründet die Kondiktion.[7]

2. Nichtbestehen der vermeinten Schuld, habe sie nun nie bestanden oder sei sie bereits getilgt gewesen. Als Nichtschuld gilt auch, was durch eine peremtorische Exception entkräftbar ist, sofern dieselbe keine natürliche Verbindlichkeit zurückläßt.[8]

Zahlungen auf Naturalobligationen sind, auch wenn sie aus Irrthum geschehen, in der Regel unanfechtbar.[9][10]

---

1) Tit. Dig. de condictione indebiti 12, 6. Cod. 4, 5. Erxleben, die condictiones sine causa Abth. 1 1850. Voigt a. a. O. §§ 74 und 75.

2) Oben Bd. 1 § 213.

3) Nothwendig ist, daß der Zahlende die Absicht der Schuldtilgung hatte. Daß der Gläubiger dies bei der Empfangnahme zufällig nicht wußte, kommt nicht in Betracht. Lenel a. a. O. S. 224.

4) l. 26 § 12, l. 40 § 2 D. h. t. 12, 6.

5) l. 31 D. h. t. 12, 6.

6) l. 39 D. h. t. 12, 6.

7) l. 26 §§ 4—6 D. h. t. 12, 6. Römer, Leistung an Erfüllungsstatt S. 132.

8) l. 26 § 3 und § 7, l. 30, l. 32 § 1, l. 43 D. h. t. 12, 6.

9) Vgl. oben Bd. 2 § 4 Anm. 9.

10) Können gezahlte, nicht geschuldete Zinsen eines geschuldeten Kapitals zurückgefordert werden? Dies scheint zu verneinen die l. 26 pr. D. h. t. 12, 6. Ulpianus libro 26 ad edictum: Si non sortem quis, sed usuras indebitas solvit, repetere non poterit, si sortis debitae solvit. Man erklärt dies meist daraus, daß Zahlung der Zinsen „eine Liebespflicht" des Schuldners bilde, Bangerow Bd. 1 § 76. Das ist wohl nicht zutreffend. — Die Römer verstehen unter usurae inde-

Wurde aus Irrthum vorzeitig auf eine gewisse, aber noch nicht fällige Schuld gezahlt, so entsteht keine Kondiktion,[11] auch nicht des Vortheils des Zwischenzinses;[12] denn es ist eine Schuld getilgt. Erfolgte aber auf eine bedingte[13] oder sonst ihrer Existenz nach ungewisse Schuld irrthümlich Zahlung, so ist sie während der Schwebe der Schuld kondicirbar; denn noch ist nichts geschuldet.

Wer in dem irrigen Glauben, selbst Schuldner zu sein, die Schuld eines Dritten zahlt, ist zur Rückforderung befugt, denn er zahlte nicht die wirkliche, sondern eine andere, nur vermeinte Schuld; wer dagegen die Schuld eines Dritten in dessen Namen zahlt in Folge des irrigen Glaubens, diesem hierzu verpflichtet zu sein, hat keine Rückforderung; denn der Gläubiger erhielt hier, was er zu fordern hatte. Der Zahlende ist daher auf seinen Rückgriff gegen den befreiten Schuldner verwiesen.[14]

Zahlung an einen Nichtgläubiger, den er für den Gläubiger hielt, befreit den Schuldner nicht, giebt ihm aber die condictio gegen den Empfänger, es sei denn, daß der Gläubiger die Zahlung genehmigte oder daß ihm das Gezahlte hinterher ausgehändigt wurde.[15][16]

---

bitae häufig solche, die „ex pacto" ohne Stipulation versprochen waren, vgl. l. 5 § 2 D. de sol. 46, 3. Hierauf wird man den Ausspruch zu beschränken haben. Danach hat er keine praktische Bedeutung mehr.

11) l. 10 D. h. t. 12, 6. Dies gilt auch, falls ein s. g. dies incertus quando, certus an in Aussicht steht, insbesondere „cum moriar dare promisero", l. 17 D. h. t. 12, 6, vgl. auch l. 56 D. eod.

12) Anderer Ansicht ist Windscheid a. a. O. Bd. 2 § 426 Anm. 8.

13) l. 16 D. h. t. 12, 6. Natürlich gilt dies nicht bei „nothwendigen" Bedingungen, die eintreten müssen, l. 18 D. h. t. 12, 6. Sie sind keine wahren Bedingungen. Vgl. ferner l. 56 D. eod.

14) In diesem Sinne sind zwei Aussprüche von Paulus zu vereinigen. In l. 65 § 9 D. h. t. 12, 6 libro 17 ad Plautium führt er aus: Indebitum est .. si id quod alius debebat, alius quasi ipse debeat solvat, vgl. l. 19 § 1, l. 31 pr. D. h. t. 12, 6. In l. 44 D. h. t. 12, 6 aber äußert Paulus libro 14 ad Plautium: Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam vero debitore solutum est. Dies muß sich nothwendig auf Fälle beziehen, in denen die Zahlung nicht geschah „quasi ipse debeat".

15) l. 65 § 9 D. h. t. 12, 6, l. 8 C. h. t. 4, 5.

16) Der Irrthum kann den Inhalt der Schuld betreffen, und zwar in verschiedener Weise. a) Der Zahlende vermeinte ein anderes Objekt zu schulden, als der Fall ist, und leistete demgemäß. Natürlich kann er kondiciren. b) Er schuldete alternativ und leistete beide Objekte in dem irrigen Glauben, beide zu schulden. Zweifelsohne ist ihm eins zurückzuerstatten. Aber bestritten war unter den römischen Juristen, wer die Wahl hat? Celsus, Marcellus und Ulpian gestanden sie dem Empfänger zu, der nun gleichsam Alternativschuldner ist, Julian, Papinian und schließlich Justinian in der l. 10 C. h. t. 4, 5 dem Zahlenden. Das Letztere ist das rationelle. Die aus Irrthum hervorgegangene Zahlung ist keine; der Schuldner hat daher nach wie vor die Bestimmung des Objektes, welches gezahlt sein soll. c) Wer generell schuldet und eine Species liefert in dem Glauben, er schulde sie speciell, kann sie kondiciren und sich durch Zahlung einer anderen Sache aus

3. Die Zahlung muß *in entschuldbarem Irrthum* geschehen sein. Rechtsirrthum genügt daher in der Regel nicht.[17 18]

War der Empfänger in Kenntniß des Irrthums des Zahlenden, so begeht er ein furtum. Ist ihm dies nachgewiesen, so haftet er daher nach den strengeren Grundsätzen der condictio furtiva.[19]

Auch bloßer Zweifel des Zahlenden an der Existenz der Schuld genügt zur Rückforderung.[20]

Ferner wird sie durch einen Vorbehalt bei der Zahlung gewahrt.[21]

Auch wer zur Vermeidung eines richterlichen oder administrativen Zwangsverfahrens zahlte, kann zurückfordern, obwohl er die Nichtexistenz der angeblichen Forderung kannte.

4. Wer in Rom auf eine angebliche *Judikatsschuld*[22] oder

---

dem Genus befreien. d) Wer *alternativ* schuldet und eines der alternativ geschuldeten Objekte liefert in dem Glauben, er schulde dasselbe *simpliciter*, kann es zurückfordern und das andere leisten, l. 32 § 3 D. h. t. 12, 6, vgl. übrigens l. 19 D. de leg. II. In allen bezüglichen Fällen hat der Gläubiger das Recht der Retention des irrthümlich Gezahlten, bis ihm richtige Zahlung geleistet wird. arg. l. 26 § 4 am Ende D. h. t. 12, 6.

17) Es wird vielfach behauptet, daß unentschuldbarer Irrthum ausreiche. Die Quellen fordern aber mit Bestimmtheit Entschuldbarkeit, vgl. l. 25 pr. D. de probationibus 22, 3, l. 10 C. de juris et facti ignorantia 1, 18, l. 9 § 5 D. de juris et facti ignorantia 22, 6, l. 6 und l. 7 C. h. t. 4, 5, l. 9 C. ad legem Falcidiam 6, 50 oben Bd. 1 § 87. Die verschiedenen Ansichten siehe bei Bangerow Bd. 2 § 625 S. 396. Die hier vertretene Meinung theilt Brinz Bd. 2 S. 550 Anm. 39. Dagegen ist Wächter, Pand. Bd. 2 S. 502. Die — entschuldbare — irrthümliche Ansicht, daß eine Einrede nicht beweisbar sei, kann die condictio indebiti begründen. R.G. Bd. 21 S. 198.

18) l. 1 § 1 D. h. t. 12, 6. Nur halbwahr ist der Ausspruch der l. 53 D. de R. J. 50, 17. Paulus libro 52 ad edictum: Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est. Nicht immer handelt es sich um Schenkungsabsicht, wenn man wissentlich eine Nichtschuld zahlt. Man kann z. B. zahlen, um dem unbequemen Prozeß, den der Andere androht, aus dem Wege zu gehen, also aus Schwäche, oder weil man eine Geschäftsverbindung, welche vortheilhaft ist, nicht durch einen Streit über einen unerheblichen Posten in Frage stellen will.

19) Vgl. oben Bd. 2 § 130 Anm. 11.

20) So entschied Justinian die Streitfrage der römischen Juristen in der l. 11 C. h. t. 4, 5.

21) l. 2 pr. D. h. t. 12, 6. Ein solcher Vorbehalt kann generell sein und erhält dann jeden Einwand, oder speciell und erstreckt sich dann auf Anderes nicht. Uebrigens kann der Gläubiger nicht genöthigt werden, eine Zahlung unter einem unbegründeten Vorbehalt anzunehmen.

22) Altes römisches Rechtsaxiom war „qui ex causa judicati solvit repetere non potest" l. 74 § 2 D. de judiciis 5, 1, l. 36 D. familiae erciscundae 10, 2, l. 29 § 5 D. mandati 17, 1, l. 1 C. h. t. 4, 5, l. 2 C. de compensationibus 4, 31. Nicht bloß dann cessirte die Rückforderung, wenn ein Urtheil gefällt, aber nichtig war, vielmehr auch dann, wenn auf ein vermeintes gar nicht existirendes Urtheil gezahlt war, l. 36 D. familiae erciscundae 10, 2. Paulus libro 2 quaestionum . . quamvis non sit judicium, tamen sufficit ad impediendam repetitionem quod quis se putat condemnatum. Man muß diesen Ausspruch trotz Brinz Bd. 2 S. 546 wörtlich gelten lassen. Genügt doch auch die bloße Annahme einer Damnations-

gleichgestellte Damnationsschuld[23] zahlte, war von der Rückforderung ausgeschlossen. Dies ist aber nicht praktischen Rechtes.[24 25]

Was die Geltendmachung der condictio anlangt, so ist:

a) berechtigt der, in dessen Namen die Zahlung geschah,[26]

b) verpflichtet der, dem sie geleistet ist. Hat man als Vertreter eine Nichtschuld einkassirt, so geht die condictio gegen den Vertretenen, wenn dieser hierzu Vollmacht gab oder die Annahme genehmigte, sonst gegen den Empfänger selbst.[27]

c) Bezüglich des Gegenstandes der Rückgewähr sind Geldzahlungen und andere Leistungen zu unterscheiden.

Geld ist im empfangenen Betrage zurückzuerstatten, der Empfänger ist Genusschuldner, etwaiger zufälliger Verlust daher sein Schaden.

Anderes — auch Fungibilien außer Geld, z. B. Getreide — ist in specie zurückzugewähren.[28] Der Empfänger hat daher zu leisten,

---

schuld, die nicht auf Judikat beruht, um die Rückforderung einer daraufhin gemachten Zahlung auszuschließen — unten Anm. 23 — Warum soll es beim Judikat anders sein? War freilich ein Urtheil der unteren Instanz zwangsweise vollstreckbar und um deswillen erfüllt, so stand natürlich die Rückforderung offen, wenn dasselbe in der Berufungsinstanz aufgehoben wurde. Dies war nothwendige Konsequenz des Institutes der Berufung.

23) § 7 I. de obl. quasi ex contr. 3, 27 .. ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non posse, veluti ex lege Aquilia, item ex legato, l. 4 C. h. t. 4, 5. Rudorff in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 14 S. 95.

24) Vgl. Glück Bd. 13 S. 94.

25) Dunkel ist der Satz der l. 42 D. h. t. 12, 6. Ulpianus libro 68 ad edictum: Poenae non solent repeti, cum depensae sunt. Vgl. l. 46 D. de R. J. 50, 17. Es ist anzunehmen, daß Strafen gemeint sind, die mit der Formel „dare damnas esto“ in den Gesetzen angedroht waren, daß also auch hier von einer vermeinten Exekutivschuld die Rede war, vgl. Karlowa, der römische Civilprozeß S. 200. Es handelt sich also nicht um einen praktisch anwendbaren Rechtssatz.

26) l. 6, l. 57 pr. D. h. t. 12, 6, l. 18 D. de condictione furtiva 13, 1, l. 6 C. h. t. 4, 5. Ueber die Zahlung vermeinter Schulden durch den Bürgen vgl. l. 47 D. h. t. 12, 6. Siehe überhaupt Schloßmann, die condictio indebiti bei Zahlungen für einen Dritten in Grünhuts Zeitschrift Bd. 9 S. 553.

27) l. 6 § 2, l. 57 § 1 D. h. t. 12. 6.

28) Die Ansichten über den Gegenstand der condictio indebiti sind sehr getheilt, vgl. namentlich Mandry im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 n. 9 und Bangerow Bd. 3 § 625 Anm. 3 S. 404. Daß der Beklagte bei Geldzahlungen zur Rückerstattung von „ebensoviel“ verbunden ist, folgt mit Bestimmtheit daraus, daß die Gelder mit der actio certae pecuniae zu fordern waren — Gaj. Inst. III § 91 — mit welcher nicht „Geldstücke“ sondern „Geldsummen“ eingeklagt wurden. Hiermit stimmt l. 19 § 2 D. h. t., l. 1 C. h. t. 4, 5 vollkommen überein. Dagegen ergiebt sich aus l. 65 § 6 D. h. t. 12, 6, daß bei Lieferung von nicht geschuldetem Getreide die gelieferte Masse selbst oder ihr Preis zu ersetzen ist. Vgl. ferner l. 26 § 12, l. 65 § 7 und 8 D. h. t. 12, 6. Hieraus erklärt sich l 7 D. h. t. 12, 6 und l. 25 D. praescriptis verbis 19, 5, wonach „aut ipsum aut tantumdem“ zurückzuleisten ist. Das letztere gilt für Geldzahlungen und das erstere für Leistungen anderer Art.

was er vom Gezahlten noch besitzt, ferner, im Falle der Veräußerung, den erlösten Preis, und wenn er das Empfangene verzehrte, den Preis zur Zeit der Konsumtion zu erstatten. Zufälliger Untergang oder Verderb ist aber Schaden des Zahlenden.

Früchte und Accessionen, die der Kondiktionsschuldner gewann, hat er herauszugeben.[29] Vom Verzuge an steigert sich seine Verpflichtung nach den allgemeinen Grundsätzen.[30]

d) Der Kläger hat die Zahlung zu beweisen.[31] Aber auch die Nichtexistenz der vermeinten Schuld hat er darzuthun; denn indem er sie zahlte, hat er sie prima facie anerkannt. Ein merkwürdiges Privileg wird freilich Pupillen, Minderjährigen, Soldaten, Bauern und beschränkten Individuen ertheilt. Zahlen sie und fordern dann das Gezahlte als Nichtschuld zurück, so soll ihnen gegenüber der Empfänger den Beweis der Schuld führen.[32] Hiervon will aber die Praxis mit Recht nichts wissen.

Dagegen tritt allerdings auch heute eine Umkehrung der Beweislast ein, wenn der Empfänger den Empfang der Zahlung geleugnet hat und dieser vom Kläger bewiesen wird. Nunmehr muß der Beklagte die Existenz der Schuld beweisen.[33]

Auch seinen Irrthum bei der Zahlung muß der Kläger darthun; denn er ist ein Hauptfaktor des Anspruches.[34] Häufig freilich ergiebt sich der Irrthum ohne Weiteres aus dem Beweise der Nichtschuld und ihrer Zahlung.

---

29) l. 15, l. 65 § 5 D. h. t. 12, 6.

30) Nach römischem Rechte konnten Zinsen nicht beansprucht werden. l. 1 C. h. t. 4, 5. Dies war Folge der strikten Natur der Klage; gemeinrechtlich sind Zinsen vom Verzuge an zu vergüten.

31) Ueber den Beweis bei der condictio indebiti handelt die famose l. 25 pr. § 1 und 1 D. de probationibus 22, 3, welche zwar den Namen von Paulus libro 3 quaestionum an sich trägt, zu einem großen Theile aber ohne Zweifel ein Werk der Kompilatoren ist. Vgl. Römer, die Beweislast hinsichtlich des Irrthums S. 55; Bähr, die Anerkennung, insbesondere §§ 21 ff.; Fr. Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 n. 4; E. Hofmann im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft n. F. Bd. 8 n. 10; Wächter, Pand. Bd. 2 S. 501. Weitere Litteratur siehe bei Bangerow Bd. 3 § 625 Anm. 2 S. 402.

32) Brinz Bd. 2 S. 549 Anm. 37. Da der Gläubiger, wenn er bezahlt wird, dem Schuldner die Schuldurkunde zurückzugeben hat, so müßte ihn die Zumuthung, nachträglich, vielleicht nach Jahren zu beweisen, daß die seinerseits gezahlte Schuld bestand, in die allerschlimmste Lage bringen. Modifikationen des Principes, in denen zum Theil reine Willkür liegt, trifft übrigens l. 25 § 2 D. de prob. 22, 3 selbst.

33) Ueber die Geltung der fraglichen Bestimmungen vgl. L. Seuffert im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 S. 351.

34) Auch dies ist zwar herrschende Ansicht, aber kontrovers. Dagegen, daß dem Kläger der Beweis des Irrthumes obliege, hat sich namentlich Wächter, Pand. a. a. O. ausgesprochen.

§ 142. Die condictio ob causam.[1][2]

Die condictio ob causam entspringt aus Geschäften, bei welchen man etwas um künftiger Zwecke willen leistete, die sich nicht verwirklichten.[3]

a) Es muß eine Zuwendung des Kondiktionsgläubigers an den Kondiktionsschuldner geschehen sein durch Uebereignung von Sachen[4] — datio — oder abstraktes Versprechen,[5] z. B. Wechsel — promissio — oder in anderer Weise.

b) Diese Zuwendung muß aber nur das erste Stück des Geschäftes bilden, so daß dessen Vollendung von Ereignissen der Zukunft abhängt.

Diese Ereignisse können der Einwirkung der Betheiligten entrückt sein, — so bei einer Schenkung von Todeswegen, welche von dem Eintreten des Todes des Schenkers vor dem des Beschenktem abhängt,[6] — oder an die Mitwirkung des Empfängers gebunden sein, ohne daß sie allein entscheidet, — z. B. bei Hingabe einer Dos an den Bräutigam, welche das Eingehen der Ehe fordert[7][8] —; sie können endlich auch bloß in einer Handlung des Empfängers bestehen.[9]

Sie können die Hauptsache des Geschäftes bilden oder etwas bloß Sekundäres — einen modus.[10]

---

1) Tit. Dig. de condictione causa data causa non secuta 12, 4 d. h. condictio, „weil der Grund nicht nachfolgte dem, was wegen eines Grundes gegeben war": causa non secuta ist ablativus absolutus: data ist Accusativ abhängig von secuta; causa ist ablativus causalis zu data; vgl. Voigt, condictiones S. 490. Tit. Cod. de condictione ob causam datorum 4, 6.

2) Litteratur: Wächter, doctrina de condictione causa data 1822; Erxleben, die condictiones sine causa 2 Abth. 1853; Wendt, Reurecht und Gebundenheit Heft 1 1878; Brinz Bd. 2 S. 533.

3) Wann sich die condictio ob causam in Rom einbürgerte, darüber sind nur Vermuthungen möglich. Servius Sulpicius behandelte sie, l. 8 D. h. t. 12, 4.

4) Natürlich ist der Hauptfall das Geben von Geld. l. 1 pr. § 1, l. 8 pr. D. h. t. 12, 5.

5) l. 1 § 2 D. de condictione sine causa 12, 7, l. 24 D. de mortis causa don. 39, 6.

6) l. 12 D. h. t. 12, 4. Vgl. oben Bd. 1 § 112 Anm. 8.

7) l. 6 und l. 10 D. h. t. 12, 4.

8) Ein hierher gehöriger Fall ist auch Zahlung eines Schuldners an einen auftraglosen Geschäftsführer seines Gläubigers in Erwartung künftiger Genehmigung dieses Gläubigers, die ausbleibt, l. 14 D. h. t. 12, 4.

9) l. 5 pr. § 1 und § 2 D. h. t. 12, 4. Die condictio ob causam ist nicht begründet, wenn eine Leistung zur Erfüllung eines gegenseitigen Vertrages geschah, auch wenn die Gegenleistung ausblieb. Man leistete dann nicht ob causam futuram. Anders war die Auffassung bei den römischen Innominatkontrakten, vgl. oben Bd. 2 § 7.

10) Oben Bd. 1 § 115 Anm. 9.

Aber nothwendig ist, daß die Verwirklichung des fraglichen Ereignisses *Bestandtheil* des Geschäftes ist.

Das kann sich aus *dem allgemeinen Wesen des Geschäftes* ergeben, wie bei Schenkung von Todeswegen und einer Dosbestellung, oder auf *besonderen Vereinbarungen* beruhen.

Irrthümlich wäre dagegen anzunehmen, daß Erwartungen und Voraussetzungen, die von den Kontrahenten beim Geschäftsschluß gehegt oder auch ausgesprochen wurden, ohne Weiteres in Betracht kämen. Wird z. B. die Parzelle eines Grundstücks einem Bekannten in der ausgesprochenen beiderseitigen Erwartung verkauft, daß gute Nachbarschaft walten werde, und entsteht gleichwohl später Feindschaft, so ist um deswillen von einer Anfechtung des Kaufgeschäftes keine Rede.[11] Nur dann wäre sie möglich, wenn jene Voraussetzung als Bedingung oder Modus zum Geschäftsbestandtheile gemacht wäre.

Wenn man also häufig diese Kondiktion auf *ermangelnde Voraussetzung* zurückführt, so ist dies nicht falsch, aber unpräcis. Nur Voraussetzungen, welche Geschäftsbestandtheile bilden, sind in Frage.[12]

c) Die Kondiktion erwächst, wenn der *Zweck vereitelt*, das beabsichtigte Geschäft also nicht zu Stande gekommen ist. Aus welchem Grunde es nicht zur Geschäftsvollendung kam, macht in der Regel keinen Unterschied. Auch wenn dies Zufall[13] oder der eigene Wille des Gebers ist,[14] erwächst die Kondiktion.

---

11) l. 3 § 7 D. h. t. 12, 4. Ulpianus libro 26 ad edictum .. ut et ipse — Celsus — ait, eum, qui dedit ea spe, quod se ab eo qui acceperit remunerari existimaret vel amiciorem esse eum futurum, repetere non posse opinione falsa deceptum.

12) Windscheid Bd. 2 § 427 vor allen setzt den Grund der condictio ob causam darin, daß eine auf die Zukunft gestellte „Voraussetzung" nicht verwirklicht wurde. Hierin hat er viele Nachfolger gefunden. Ja der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches will hiernach den Satz zum Gesetz erheben: „wer unter der ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Voraussetzung des Eintrittes oder Nichteintrittes eines künftigen Ereignisses oder rechtlichen Erfolges eine Leistung bewirkt hat, kann, wenn die Voraussetzung sich nicht erfüllt, von dem Empfänger das Geleistete zurückfordern." Welche Geschäfte bleiben danach fest? Ein Verleger zahlt dem Schriftsteller für dessen Werk ein Honorar, natürlich unter der „Voraussetzung", daß es Absatz findet. Kann er es zurückfordern, wenn seine Voraussetzung sich nicht verwirklicht hat?

13) l. 16 D. h. t. 12, 4, Celsus libro 3 digestorum .. et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Uebrigens paßt das Beispiel von Celsus im heutigen Rechte nicht mehr, weil im gegebenen Falle heuzutage ein Kaufvertrag anzunehmen wäre. Vgl. oben Bd. 2 § 94 Anm. 5.

14) l. 1 § 1 D. h. t. 12, 4. Ulpianus libro 26 ad edictum: Si parendi condicioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere. A. ist zum Erben eingesetzt unter der Bedingung, daß er dem B. 10,000 gebe, er zahlt sie aus und schlägt nachher die Erbschaft aus, weil er sie bei näherer Ueberlegung nicht sufficient findet. Er kann die 10,000 kondiciren.

Indessen kann auch die Meinung bei der Zuwendung gewesen sein, daß sie der Empfänger behalten soll, wenn er nicht selbst den Geschäftszweck schuldhaft vereitelt. [15]

Inhalt und Umfang der Verpflichtung bestimmt sich nach den Grundsätzen der condictio indebiti.

Kläger hat zur Begründung seiner Klage nur nachzuweisen, daß er dem Beklagten etwas zu dem von ihm behaupteten Geschäftszweck zuwendete, Sache des Beklagten ist es darzuthun, daß sich der Zweck verwirklicht hat oder daß die Entscheidung noch aussteht. [16]

§ 143. Die condictiones sine causa.[1]

Im weiteren Sinne sind alle erörterten Kondiktionen sine causa, da sie alle auf einem Erwerb ohne gehörigen Grund beruhen. [2]

Im besonderen Sinne spricht man aber von condictiones sine causa bei grundlosen Erwerbungen, welche nicht unter die bisher behandelten Kategorien fallen. Sie dienen also zu Ergänzung der nichtdeliktischen Kondiktionen. Ihr Gebiet ist ein großes. [3]

Sie beschränken sich nicht auf Uebertragungen durch den Kondiktionsgläubiger ohne gehörigen Grund. Vielmehr finden sie sich auch, wenn etwas sonst grundlos aus fremdem Vermögen erworben worden ist, z. B. in Folge einer Specifikation [4] oder durch den Verkauf

15) Dies wird namentlich im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung eines modus angenommen, l. 8 C. h. t. 4, 6.

16) Die Beweislast ist sehr bestritten. Vgl. Windscheid Bd. 2 § 429 Anm. 1, sowie R.G. Bd. 14 S. 225. Es ist davon auszugehen, daß die Vermögensübertragung nur gerechtfertigt ist, wenn der Zweck derselben erfüllt ist. Daß eine solche Rechtfertigung vorhanden ist, muß darthun, wer etwas aus dem fremden Vermögen inne hat So Windscheid a. a O. und R.G. a. a. O. Anders Brinz Bd. 2 S. 540. Bestritten ist ferner die Beweislast, wenn sich der Beklagte darauf beruft, daß die Unentschiedenheit noch fortdauere, während Kläger behauptet, der Zweck, um den es sich handelt, sei vereitelt. Hier will Windscheid dem Kläger den Beweis auflegen. Mit Unrecht. Es ist auch hier Sache des Beklagten, das Behalten des unter causa futura Empfangenen zu rechtfertigen, was durch den Nachweis geschehen kann, daß die Erfüllung des Zweckes nach dem Inhalte des Geschäftes noch zu erwarten ist.

1) Tit. Dig. de condictione sine causa 12, 7. Cod. 4, 9. Reinhard, z. L. v. d. condictio sine causa im Archiv für civ. Praxis Bd. 29 n. 7. Kiesselbach in Iherings Jahrb. Bd. 5 n. 1.

2) Die Aelteren sprachen daher von einer condictio sine causa „generalis“, welche mit den übrigen condictiones konkurrirte. So schon die glossa „est“ zu l. 1 pr. C. h. t. 12, 7. Von einer Konkurrenz ist aber keine Rede, sondern nur von einem generellen Gesichtspunkte, unter welchem die verschiedenen Kondiktionen wissenschaftlich zusammengefaßt werden können.

3) Vgl. Bangerow Bd. 3 § 628 S. 409.

4) Oben Bd. 1 § 204. Vgl. l. 4 § 2 D. de r. c. 12, 1. Ulpianus libro 34 ad Sabinum: Ea quae vi fluminum importata sunt, condici possunt.

einer fremden Sache, mittels deſſen ſich deren gutgläubiger Beſitzer auf Koſten ihres Eigenthümers bereichert hat.[5]

Die Kondiktionen sine causa haben Anwendung, wenn der Erwerb von vornherein grundlos war, nicht minder, wenn er hinterher grundlos wird.

a) Zur erſten Art gehört unter anderem Erwerb, der nicht einmal ſubjektiv einen Grund hat, bei dem vielmehr Zufall und Mißverſtändniß ihr Spiel treiben, es wird z. B. durch einen Schreibfehler in einem Wechſel eine Null zuviel geſetzt;[6] ferner Uebertragungen auf einen bloß vermeinten Grund hin, z. B. die Uebereignung zum Zweck eines Geſchäftes, welches ſich jeder Theil anders denkt;[7] endlich zum Zweck geſetzlich verbotener Geſchäfte, z. B. von Schenkungen unter Ehegatten.

b) Fälle, in welchen der urſprünglich vorhandene Grund ſpäter wegfällt, ſ. g. causa finita, ſind unter Anderem, daß eine arra nach vollſtändiger Erfüllung des Geſchäftes beim Mitkontrahenten,[8] oder ein Schuldſchein nach Tilgung der Schuld beim Gläubiger zurückgeblieben iſt.[9] Fernere Beiſpiele ſind, daß man Entſchädigung von einem Mitkontrahenten erhielt, welcher den Verluſt einer ihm anvertrauten Sache verſchuldete und dieſe Sache ſpäter wieder erlangt,[10] oder daß eine Schenkung wegen Undankbarkeit widerrufen wird.[11]

Der Umfang des Anſpruches iſt in den verſchiedenen Fällen der condictio sine causa keineswegs immer derſelbe. In der Regel ſind die bei der condictio indebiti entwickelten Grundſätze maßgebend. Aber in mehreren Fällen haftet der Kondiktionsbeklagte nur auf den Betrag ſeiner *Bereicherung* zur Zeit der Klageerhebung. Hat er daher das Empfangene verzehrt, ſo hat er nichts zu leiſten. So iſt es namentlich im Falle einer nichtigen Schenkung unter Ehegatten.[12]

5) Oben Bd. 1 § 225 Anm. 25.
6) Vgl. R.G. Bd. 10 S. 111, l. un. C. de calculi errore 2, 5.
7) Vgl. die oben Bd. 1 § 213 Anm. 9 abgedruckten Stellen.
8) l. 11 § 6 D. de a. e. v. 19, 1.
9) l. 2 C. h. t. 4, 9.
10) l. 2 D. h. t. 12, 7.
11) Oben Bd. 2 § 108 Ziff. 3a.
12) l. 5 § 18, l. 6 D. de donationibus inter virum et uxorum 24, 1.

Drittes Kapitel.

Die Anfechtungsrechte verletzter Gläubiger.

A. Das römische Recht.

§ 144. Die geschichtliche Entwickelung der actio Pauliana.[1]

Ueberschuldete Schuldner veräußern oft vor Eröffnung des Konkurses[2] ihre Habe, um sie ihren Gläubigern zu entziehen. Hierin liegt eine Treulosigkeit und eine schwere Gefährdung des Kredites.

Solange eine strenge Personalexekution bestand, waren solche Machinationen freilich weniger zu fürchten, da sie den Unwillen der Gläubiger herausgefordert hätten, welchen die Schuldner hätten büßen müssen. Seit der Einschränkung der Personalexekution wurden aber Schutzmittel für die Gläubiger nöthig, die der Prätor gewährte.

Zu ihrer Würdigung ist zu beachten, daß es in Rom zwei Arten des Konkurses gab, nämlich den ordentlichen Konkurs durch emptio bonorum und die spätere Form der Liquidation durch Kuratoren. Für beide Arten stellte der Prätor besondere fraudatorische Klagen auf.[3]

1. Bezüglich des ordentlichen Konkursverfahrens durch emptio bonorum war der Gang folgender:

a) Zunächst half man, wenn der Schuldner, um seine Gläubiger zu benachtheiligen, ihm gehörende körperliche Objekte an Dritte veräußert hatte, welche Mitwisser des Betruges waren. Dies

1) Tit Dig. quae in fraudem creditorum facta sunt ut restituantur 42, 8, Cod. de revocandis his, quae per fraudem alienata sunt 7, 75.

2) Handlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung sind nach heutigem Rechte den Gläubigern gegenüber nichtig, oben Bd. 2 § 56 Anm. 5. Nach römischem Rechte waren die immittirten Gläubiger durch ihr prätorisches Pfandrecht gegen Benachtheiligungen durch dieselben geschützt. Vgl. auch l. 6 § 7 D. h. t. 42, 8.

3) Siehe oben S. 155. Ohne diese Erkenntniß läßt sich ein zutreffendes Bild der geschichtlichen Entwickelung nicht gewinnen. Daher konnten auch die scharfsinnigen und gelehrten Abhandlungen von Huschke in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 14 n. 1 und von Schey in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 13 S. 120 nicht zu gesunden Ergebnissen kommen. Doch hält noch heute Ubbelohde bei Glück zum Buch 43 1. Theil S. 167 und Theil 2 S. 364 an der Ansicht fest, daß der Prätor für genau denselben Fall zuerst eine actio und dann ein interdictum aufgestellt habe, und zwar das letztere zu dem Zweck, damit man auch außerhalb der regelmäßigen Gerichtszeit — des actus — fraudatorisch klagen konnte. Das hätte der Prätor einfacher haben können! Uebrigens hat sich auch Enrico Serafini im archivio giuridico Bd. 38 S. 119 nach Schneider, krit. Vierteljahrsschrift Bd. 32 S. 251 gegen mich erklärt. — Meine Unterscheidung billigen Grabenwitz in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 8 S. 255 und Lenel in der Palingenesia.

ist jetzt und war zu allen Zeiten der hauptsächliche Fall der dolosen Verkürzung der Gläubiger. Und zwar gab der Prätor den immittirten Konkursgläubigern, deren Schädigung durch das Ergebniß der bonorum emptio feststand, eine vindicatio utilis der veräußerten Objekte an des Schuldners Statt unter der Fiktion, daß die Veräußerung nicht stattgefunden habe.[4]

b) Diese älteste fraudatorische Klage setzte voraus, daß der Gemeinschuldner Eigenthümer der eingeklagten Objekte vor der Veräußerung war und daß die Gläubiger dies nachweisen konnten. Nur unter dieser Voraussetzung war die Vindikation auf Grund der Rescission der Veräußerung begründet. Aber jener Nachweis war nicht immer möglich, jedenfalls lästig und für die Gläubiger beschwerend. Deshalb gab ihnen der Prätor das interdictum fraudatorium.[5] Dasselbe war apiscendae possessionis und setzte nur voraus, daß die bezüglichen Objekte thatsächlich in dem Vermögen des Schuldners gewesen und daß sie vom Schuldner diesem Vermögen unter Wissen des Beklagten fraudulos entfremdet waren.

c) Hieran schloß der Prätor in allgemeiner Weise zum Schutze der fraudirten Gläubiger die Zusage einer actio in factum, unter Umständen selbst gegen Geschäftsgenossen, welche beim Erwerb von der Fraudation keine Kenntniß hatten.[6]

d) Nicht minder versprach er Verweigerung der Klage gegen den bonorum emtor aus Kontrakten, die der Gemeinschuldner fraudulos unter Mitwissen der Mitkontrahenten abgeschlossen hatte.

2. Für den Fall, daß Konkurskuratoren zur Veräußerung der Masse bestellt waren, gab der Prätor schließlich eine fraudatorische

---

4) § 6 I. de actionibus 4, 6. Es ist dies dieselbe Klage, welche Cicero ad Atticum I, 1 § 3 erwähnt. Daß diese enge und begrenzte Klage, welche übrigens auch Cicero a. a. O. in Verbindung mit der bonorum venditio setzt, nicht identisch sein kann mit der weiten und abstrakten, welche die l. 1 pr. D. h. t. 42, 8 für den Kuratorenkonkurs verspricht, liegt auf der Hand.

5) Das interdictum fraudatorium lautete nach l. 10 pr. D. h. t. 42, 8: Ulpianus libro 73 ad edictum. Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te in bonis, quibus de ea re agitur, fecit: ea illis, si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oporteret, ei, si non plus quam annus est, cum de ea re, qua de agitur, experiundi potestas est, restituas.

6) Diese Klage wurde dem interdictum fraudatorium mit den Worten angehängt — l. 10 pr. D. h. t. 42, 8: Interdum causa cognita — et si scientia non sit — in factum actionem permittam. Die Beziehung auf die emptio bonorum ergiebt l. 10 § 18 D. h. t. 42, 8.

7) l. 25 D. de rebus auctoritate judicis vend. 42, 5. Ulpianus libro 64 ad edictum: Ait Praetor: Quod postea contractum erit, quam is, cujus bona venierint, consilium receperit fraudare, sciente eo qui contraxerit, ne actio eo nomine detur.

Klage, welche nunmehr so allgemein gefaßt wurde, daß sie alle bezüglichen Machinationen des treulosen Schuldners traf.[8]

Eine der Klagen hieß a. Pauliana, welche, kann zweifelhaft sein.[9]

In der justinianischen Kompilation sind die fraudatorischen Klagen des alten Rechtes verschmolzen, nicht ohne daß Widersprüche stehen blieben. Man pflegt die fraudatorische Klage des justinianischen Rechtes Pauliana zu nennen.

§ 145. Die Grundsätze der actio Pauliana.[1]

Die actio Pauliana wurzelt ausschließlich in der Unredlichkeit des Schuldners — sie hat also eine subjektive Grundlage.

1. Ihre Voraussetzungen sind folgende:

a) Entäußerung von Vermögen durch den Schuldner. Dies ist im weitesten Sinne zu nehmen. Veräußerung von körperlichen Objekten, von Rechten, Uebernahme von Lasten, Eingehen von Schulden, Verzichte gehören hierher.[2]

Ob die Entäußerung durch fraudulose Handlungen oder fraudulose Unterlassungen geschah, macht keinen Unterschied.[3]

Zurückweisung eines angebotenen Erwerbes durch den Schuldner ist aber nicht betroffen.[4]

---

8) l. 1 pr. D. h. t. 42, 8. Ulpianus libro 66 ad edictum: Ait Praetor: Quae fraudationis gesta erunt, cum eo, qui fraudem non ignoraverit, de his curatori bonorum vel ei cui de ea re actionem dare oportebit, intra annum, quo experiundi potestas fuerit, actionem dabo. idque etiam adversus ipsum qui fraudem fecit servabo. Wer das in Anm. 5 und das hier abgedruckte Edikt vergleicht, kann nicht im Zweifel sein, daß der Prätor besondere Edikte für die bonorum emptio und den Kuratorenkonkurs aufstellte. Daß in l. 1 pr. D. h. t. der Kurator nicht interpolirt ist, ergiebt sich aus dem Gange des Ediktskommentars Ulpians, welcher im 66. Buche von den Konkurskuratoren, im 64. Buche von der emtio bonorum handelte. Vgl. namentlich Lenel, edictum S. 351. Allerdings beruft sich Ubbelohde a. a. O. S. 168 anscheinend mit Grund dafür, daß auch diese Klage im Zusammenhang mit der bonorum emptio stand, auf l. 6 § 12 D. h. t. Dagegen aber vgl. Lenel, palingenesia vol. II p. 799 n. 1.

9) In l. 38 § 4 D. de usuris 22, 1 bezeichnet Paulus die persönliche fraudatorische Klage als Pauliana; Theophilus zum § 6 I. de act. 4, 6 nennt so auch die fraudatorische rescissoria in rem.

1) Otto, die Anfechtung nach gemeinem, sächsischem und Reichsrecht 1881. Dort ist die wichtigere ältere Litteratur zu finden.

2) l. 1 § 2, l. 2, l. 3 pr. D. h. t. 42, 8.

3) l. 3 § 1, l. 4 D. h. t. 42, 8.

4) l. 6 pr. § 5 D. h. t. 42, 8. Die älteste fraudatorische Klage ging von dem Falle der Veräußerung aus — oben § 144 Anm. 4. — Wenn auch die späteren Edikte weiter gefaßt waren, l. 1 pr. D. h. t., so hielt man an dem Grundgedanken fest.

b) Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu verkürzen — consilium fraudandi.[5]

c) Erfolg dieser Absicht, indem die Gläubiger, welche verkürzt werden sollten, oder solche, die an deren Stelle traten, aus dem Vermögen des Schuldners nicht vollständig befriedigt werden können.[6]

d) Der Geschäftsgenosse wird nur dann verbunden, wenn er entweder Mitwisser der fraudulosen Absicht war, oder durch das fraudulose Geschäft eine lukrative Zuwendung erhielt.[7]

2. Sind Zahlungen anfechtbar, welche der Ueberschuldete an einzelne seiner Gläubiger machte, um dieselben vor den anderen zu begünstigen?

Die Römer verneinten die Frage, weil der Schuldner nicht fraudulos handele, wenn er Schulden zahle, und keinenfalls der Gläubiger, wenn er ihm Geschuldetes annehme.[8] Dies galt selbst für Zahlungen auf noch nicht fällige Schulden. Nur der Vortheil des Interusuriums durch die verfrühte Zahlung war daher den übrigen Gläubigern herauszugeben.[9]

Die Möglichkeit einer derartigen Bevorzugung einzelner ihm nahestehender Gläubiger durch den Schuldner entspricht jedoch der Billigkeit nicht, und ist auch den Interessen des Kredites nicht förderlich. Deshalb gewährte die Gratifikationstheorie, welche lange Zeit gemeinrechtlich herrschte, den Konkursgläubigern auch bei Begünstigung von Mit-

---

5) l. 1 pr. § 1, l. 17 § 1 D. h. t. 42, 8, l. 10 D. qui et a quibus 40, 9. Es genügt das Bewußtsein der wenn auch nur eventuellen Schädigung der Gläubiger. Daß diese Schädigung der Hauptzweck des Handelns, ist nicht erfordert. Auch wer seine Gläubiger durch eine Handlung der Dankbarkeit oder der Frömmigkeit schädigt, handelt ihnen gegenüber fraudulos. R.G. Bd. 9 S. 73. Culpa lata ist dem dolus gleichzustellen.

6) l. 10 § 1 D. h. t. 42, 8.

7) Vorausgesetzt ist Erwerb auf lukrativen Titel. Nicht geradezu nothwendig ist Schenkung. Auch Legatare sind ohne Rücksicht auf Theilnahme an der fraus belangbar, l. 6 § 13 D. h. t. 42. 8, ebenso durch Erlaß eines Pfandrechtes Begünstigte, l. 2 und l. 18 D. h. t. 42, 8, obgleich sie nicht Geschenknehmer im eigentlichen Sinne sind.

8) Dies besagt die berühmte l. 6 § 7 D. h. t. 42, 8. Ulpianus libro 66 ad edictum: Sciendum Julianum scribere eoque jure nos uti, ut, qui debitam pecuniam recepit ante, quam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum: sibi enim vigilavit. Auch Erfüllung von Naturobligationen erschien nicht als fraudulos und als unanfechtbar, l. 19 und l. 20 D. h. t. 42, 8.

9) l. 10 § 12 D. h. t. 42, 8. Ulpianus libro 73 ad edictum: Si, cum in diem deberetur, fraudator praesens solverit, dicendum erit in eo, quod sensi commodum in repraesentatione, in factum actioni locum fore: nam praetor fraudem intellegit etiam in tempore fieri, vgl. l. 17 § 2 D. h. t. 42, 8. Die Sache ist jedoch bestritten.

gläubigern durch Zahlung das Anfechtungsrecht.[10] Aber diese Theorie konnte sich gegenüber den römischen Quellen in der neueren Zeit nicht behaupten.

Pfandbestellung für einen Gläubiger zum Nachtheil der übrigen ist anfechtbar,[11] nicht minder Angabe an Zahlungsstatt;[12] denn hierin liegen neue Geschäfte.

3. Die fraudatorische Klage ist *persönlich*, nicht dinglich.[13]

a) Klagberechtigt ist der Konkurskurator, nach Bedürfniß auch der verletzte Gläubiger selbst.[14]

b) Belangbar ist der Geschäftsgenosse des Schuldners, sofern er Mitwisser der fraus war oder durch dieselbe einen lukrativen Erwerb machte.[15] Auch gegen den fraudulosen Schuldner selbst ist die Klage zulässig.[16]

c) Der am Dolus Betheiligte hat den verletzten Gläubiger in die Lage zu versetzen, wie wenn die Veräußerung nicht stattgefunden hätte.[17] Es kommt nicht in Betracht, ob er die Sache inne hat, oder nicht; ihn trifft die Gefahr.[18] Früchte und Accessionen und Zinsen

10) Die Gratifikationstheorie bekämpfte vorzugsweise Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 16 n. 5, für dieselbe trat auf Laspeyres im Archiv ebendaselbst Bd. 21 n. 2, gegen ihn Bangerow Bd. 3 § 697 S. 619.

11) l. 10 § 13 D. h. t. 42, 8.

12) Es ist dies kontrovers, vgl. Bangerow Bd. 3 § 698 S. 628.

13) Ob die fraudatorische Klage „in personam" oder „in rem" sei, ist nicht unbestritten. Vgl. die bei Schey a. a. O. S. 125 Anm. 11 Citirten. In l. 38 pr., § 4 D. de usuris 22, 1 wird die Pauliana ausdrücklich als persönliche Klage bezeichnet. Es kann auch nicht zweifelhaft sein, daß sämmtliche in dem Pandektentitel zusammengeworfene Klagen den Charakter von persönlichen an sich tragen. Allerdings war das im § 6 I. de actionibus 4, 6 erwähnte Rechtsmittel — oben § 144 Anm. 4 — wenigstens seiner Form nach dinglich. Dasselbe ist aber im justinianischen Rechte, wie sich aus den Pandekten ergiebt, nicht festgehalten; es war längst überwuchert durch die jüngeren fraudatorischen Klagen, insbesondere durch die in l. 1 pr. D. h. t. 42, 8 enthaltene, welche im justinianischen Rechte als das eigentlich maßgebende fraudatorische Rechtsmittel zu erachten ist.

14) l. 1 pr. D. h. t. 42, 8. Otto a. a. O. S. 127 und S. 213.

15) Auch Dritte sind belangbar, wenn sie zur Zeit des Erwerbes Kenntniß von der Mitwissenschaft ihres Mitkontrahenten an der fraus hatten, arg. l. 9 D. h. t. 42, 8. Dies ist freilich gleichfalls bestritten, vgl. Otto a. a. O. S. 113 und dort Citirte.

16) Dies bestimmte das Edikt bezüglich des Kuratorenkonkurses ausdrücklich, l. 1 pr. D. h. t. 42, 8, bezüglich des gewöhnlichen Konkurses bejahte es die Jurisprudenz, l. 10 § 24, l. 25 § 7 D. h. t. 42, 8. Die Pauliana gegen seinen Schuldner war dem Glaubiger vortheilhaft, weil sie bezüglich der Exekution mehr begünstigt war, als die gewöhnliche Schuldklage.

17) l. 38 § 4 D. de usuris 21, 2. Paulus libro 6 ad Sextium . . praetor id agit, ut perinde sint omnia, atque si nihil alienatum esset.

18) Der dolose Geschäftsgenosse des betrügerischen Schuldners trägt die Gefahr, es sei denn, daß er nachweisen kann, daß die Sache auch bei dem Veräußerer untergegangen wäre. Die Frage der Gefahr ist bestritten.

hat er herauszugeben, nicht bloß solche, die er gewann, vielmehr Alles, was der fraudulose Schuldner voraussichtlich hätte gewinnen können.[19]

Gutgläubige Erwerber sind, wenn sie paulianisch haften, nur bis zu ihrer Bereicherung zur Zeit der Klageerhebung haftbar.[20]

d) Was der Beklagte für die an ihn veräußerten Objekte geleistet hat, kann er anrechnen, soweit es dem Kläger zu Gute gekommen ist.[21]

e) Die Klage verjährt in einem Jahre, utiliter von dem Momente an gerechnet, in welchem sie für den Kläger entstanden war.[22] Nachher geht sie noch auf Bereicherung des Beklagten.[23]

f) Erben haften nach den Grundsätzen der Deliktsobligationen.[24]

B. Das Anfechtungsrecht nach den Reichsgesetzen.[1]

§ 146. Das Allgemeine des Anfechtungsrechtes.

Im modernen Recht wurde das Anfechtungsrecht der Gläubiger sehr erweitert.

Dies neue Recht tritt bereits im Mittelalter in Statuten italienischer Städte auf, erhielt später Festigung und Verbreitung durch die französische Gesetzgebung und ist dann in seinen Grundzügen Gemeingut der meisten Staaten des europäischen Kulturkreises geworden, so daß es sich fast als allgemeines europäisches Kreditrecht darstellt.[2]

Ihm folgt auch die Gesetzgebung des deutschen Reiches. Dieselbe hat durch die Konkursordnung die Anfechtung zu Gunsten der Konkursgläubiger und durch das Gesetz vom 21. Juli 1879 die Anfechtung außerhalb des Konkurses nach übereinstimmenden Principien geordnet.

---

19) l. 10 § 20 D. h. t. 42, 8. Ulpianus libro 76 ad edictum: Et fructus, non tantum, qui percepti sunt, verum etiam hi, qui percipi potuerunt a fraudatore, veniunt, sed cum aliquo modo, scilicet ut sumptus facti deducantur. Lange nicht soweit war das interdictum fraudatorium gegangen. Hiervon ist l. 25 § 4 D. h. t. stehen geblieben, Schey a. a. O. S. 164, ein Widerspruch, welcher viel Kopfzerbrechen gemacht hat.

20) l. 6 §§ 11 und 12, l. 10 § 5 D. h. t. 42, 8.

21) l. 7 und l. 8 D. h t. 42, 8.

22) l. 1 pr. D. h. t. 42, 8, vgl. l. 10 § 18 D. h. t. 42, 8, l. 6 § 14 D. eod., deren Erklärung hier zu weit führen würde.

23) l. 10 § 24 D. h. t. 42, 8.

24) Vgl. l. 11 D. h. t. 42, 8, oben Bd. 2 § 129 Anm. 13 ff.

1) K.O. §§ 22—35 und Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, im Folgenden als „Reichsgesetz" citirt. Vgl. die Motive zu den Entwürfen dieser Gesetze, insbesondere zur K.O; ferner Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger 1884. Die einschlägige Litteratur ist aus dem dort S. 393 gegebenen Verzeichnisse zu ersehen.

2) Vgl. Cosack a. a. O. S. 5 und S. 386.

Die Anfechtung innerhalb des Konkurses nennen wir die *konkursmäßige* und diejenige außerhalb desselben die *individuelle*.

Das Eigenthümliche des modernen Rechtes ist, daß es die Anfechtung nicht, wie das römische, ausschließlich auf *Unredlichkeit* des Schuldners gründet, vielmehr auch gegen Rechtshandlungen gewährt, welche den Gläubigern gegenüber als *Unrecht* erscheinen, ohne daß den Handelnden Treulosigkeit oder Unsittlichkeit vorzuwerfen ist.[3]

So stellt sich neben die aus subjektivem Grunde erwachsene eine auf objektivem Grunde beruhende Anfechtung, neben die *paulianische* eine *kondiktionsartige*.

I. Die erste Kategorie der Anfechtung entspricht im Wesentlichen der römischen Pauliana. Es sind anfechtbar in und außerhalb des Konkurses *Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem anderen Theile bekannten Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachtheiligen.*[4][5]

Auch in *Unterlassungen* können sie liegen.[6] Zurückweisung eines Erwerbes ist gleichfalls anfechtbar.[7]

Um dem Gläubiger zu Hülfe zu kommen, findet sich eine weitgreifende Präsumtion des Dolus *gegen nahe Verwandte des Schuldners.*[8]

Nahe Verwandte im Sinne des Gesetzes sind der Ehegatte des Schuldners — auch wenn die Ehe erst nachfolgte, — sowie dessen und seines Ehegatten Descendenten, Ascendenten und Geschwister und deren Ehegatten.[9]

Verträge mit solchen Verwandten, welche die Gläubiger benach-

3) Die Motive der Konkursordnung freilich suchen die reichsrechtliche Anfechtung — von Schenkungen abgesehen — ausschließlich auf Delikt des Anfechtungsgegners zu gründen, nämlich auf Dolus oder *Doluspräsumtion*. Dagegen habe ich mich zuerst in meinem preuß Privatrecht Bd. 2 § 128 erklärt. Gründlich widerlegt die Motive Cosack a. a. O. S 15. Dem entsprechend erkannte das R.G. durch Plenarbeschluß vom 28. Juni 1888 in Beantwortung der Frage, ob für die auf die Vorschrift des § 23 Ziffer 2 K.O. gestatteten Anfechtungsklagen der Gerichtsstand für Klagen aus unerlaubten Handlungen begründet ist. R.G. 21 S. 420.

4) K.O. § 24 Ziffer 1, Reichsgesetz § 3 Ziff. 1.

5) Vgl. oben § 145 Anm. 5 und Cosack a. a. O. S. 77.

6) Die Motive der K.O. erklären *Unterlassungen* für nicht anfechtbar, — aus unzureichenden Gründen. Läßt z B. der Schuldner dolos seine Wechselforderungen nicht protestiren, so ist die Anfechtung begründet, vgl. Cosack a. a. O. S. 48.

7) Vgl. Cosack a. a. O. S. 66. Anders das römische Recht, siehe oben § 145 Anm. 4.

8) K.O. § 24 Ziff. 2, Reichsgesetz § 3 Ziff. 2.

9) Analoge Anwendung ist ausgeschlossen. Der Neffe oder der Verlobte des Kindes des Schuldners ist nicht betroffen, wohl aber der Schwager seiner Frau, Cosack a. a. O. S. 119.

theiligen, gelten als fraudulos, wenn sie im Falle konkursmäßiger Anfechtung innerhalb eines Jahres vor der Konkurseröffnung und bei individueller Anfechtung innerhalb eines Jahres vor Erhebung der Anfechtungsklage oder deren gehöriger Anmeldung abgeschlossen waren. Die Verwandten entkräften die Präsumtion nur durch den Nachweis, daß ihnen zur Zeit des Vertragsschlusses die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war.[10]

II. Die andere Kategorie von Anfechtungsgründen bezieht sich auf Rechtshandlungen, welche objektiv gegen die Gläubiger ein Unrecht enthalten. Diese Anfechtung hat etwas mit einer condictio sine causa Verwandtes. Um deswillen nennen wir sie die konbikticische, und zwar giebt es zwei Hauptgruppen:

1. Die eine ist auf den Fall des Konkurses beschränkt. Sie stützt sich auf die Auffassung, daß die Konkursgläubiger, auch wenn erst die Vorzeichen des Konkurses eingetreten sind, bereits ein festes Anrecht auf gleichmäßige Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners haben. Deshalb sind anfechtbar:

a) Rechtsgeschäfte des Gemeinschuldners, durch deren Eingehung die Konkursgläubiger benachtheiligt wurden, wenn die Zahlungseinstellung des Schuldners oder der Antrag auf Konkurseröffnung vor ihrem Abschluß erfolgt war und der Geschäftsgenosse dies wußte.[11]

b) Sicherung oder Befriedigung von Gläubigern, wenn vor deren Vornahme die Zahlungseinstellung oder der Antrag auf Konkurseröffnung erfolgt war und der Gläubiger dies wußte. Dies gilt auch für fällige Forderungen.[12]

c) Endlich Gratifikationen d. h. nach der Zahlungseinstellung oder dem Eröffnungsantrage, oder in den letzten 10 Tagen vorher erfolgte Rechtshandlungen, welche einem Konkursgläubiger eine Sicherheit oder Befriedigung gewähren, die er nicht, oder nicht zur Zeit, oder nicht in der Art zu beanspruchen hatte. Dem Begünstigten steht

10) Daß es sich um eine Beweisregel handelt, wird vom Gesetze nicht ausdrücklich gesagt. Die Bestimmung läßt sich aber nicht anders rationell erklären. Der Verwandte gilt also als dolos, und damit ist auch in der großen Mehrheit der Fälle das Richtige getroffen. Hiernach muß sich der Umfang seiner Verhaftung bestimmen. Anders R.O.H.G. Bd. 21 S. 418.

11) K.O § 23 Ziff. 1 erster Satz, vgl. Cosack namentlich S. 176. — Ueber den Begriff der Zahlungseinstellung vgl. oben § 56.

12) K.O. § 23 Ziff. 1 zweiter Satz. In diesem Falle von einem Dolus des Gläubigers zu reden, wie die Motive der K.O. thun, ist ganz unzulässig. Die Zurückweisung der Zahlung, die Sistirung der Exekution in der Zwischenzeit wäre Thorheit. Niemand weiß, wem die nicht eingenommenen Werthe zu gute kämen, namentlich ob sie der Schuldner nicht verthun würde.

der Nachweis offen, daß ihm zur Zeit der Handlung weder die Zahlungseinstellung, noch der Eröffnungsantrag, noch eine Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war.[13]

Rechtshandlungen, die um mehr als 6 Monate vor der Konkurseröffnung zurückliegen, können wegen Kenntniß der Zahlungseinstellung nicht angefochten werden.[14]

2. Unentgeltliche Verfügungen des Schuldners unterliegen der Anfechtung im Konkurse, wenn sie dem letzten Jahre vor der Konkurseröffnung, sowie der individuellen Anfechtung, wenn sie dem letzten Jahre vor der Erhebung der Anfechtung oder deren gesetzmäßiger Anmeldung angehören. Bei Verfügungen zu Gunsten des Ehegatten beträgt die Frist zwei Jahre.[15]

Gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke sind nicht betroffen.

Es kommt nichts darauf an, ob die Schenkung eine den Verhältnissen des Schenkers zur Zeit ihrer Vornahme entsprechende und loyale war. Ohne Rücksicht darauf giebt das Gesetz vielmehr den Gläubigern das Recht, sich aus den vom Schuldner vorgenommenen Schenkungen zu befriedigen. Ihm genügt, daß der Eine einen Verlust abwenden, der Andere einen Gewinn erhalten will.

Die Anfechtung einer Rechtshandlung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie Vollstreckbarkeit gegen den Schuldner hatte oder auf Zwangsvollstreckung oder Arrest gegen ihn beruhte. Dies gilt für alle Anfechtungsfälle.[16]

§ 147. Die einzelnen Sätze des Anfechtungsrechtes.

1. Zur Anfechtung im Konkurse ist einzig der Verwalter der Konkursmasse legitimirt.[1]

Zur Anfechtung außerhalb des Konkurses ist der Gläubiger einer

---

13) K.O. § 23 Ziff. 2. Der Einredebeweis ist praktisch und legislativ von zweifelhaftem Werthe, weil er nur unter ganz besonderen Umständen gelingen kann.

14) K.O. § 26. Die Zahlungseinstellung kann hiernach beliebig weit zurückliegen; nur das Geschäft, welches angefochten wird, muß innerhalb der Frist von 6 Monaten geschlossen sein. Cosack a. a. O. S. 180. Dies ist aber cum grano salis zu nehmen. Eine Zahlungseinstellung, welche in keinem inneren Zusammenhange mit dem jetzt eröffneten Konkurse steht, kann nicht in Betracht kommen. — Ueber die sehr problematische Beziehung des § 26 der K.O. auf die Gratifikationsfälle des § 23 Ziff. 2 vgl. Cosack a. a. O. S. 205.

15) K.O. § 25, Reichsgesetz § 3 Ziff. 3 und 4, vgl. Cosack a. a. O. S. 133.

16) K.O. § 28, Reichsgesetz § 6.

1) K.O. § 29.

fälligen und vollstreckbaren Forderung befugt, wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Schuldners nicht zu seiner vollen Befriedigung führte oder voraussichtlich erfolglos bleiben müßte.[2]

2. Anfechtungsgegner ist der, welcher vom Schuldner erwarb, sowie des Erwerbers Erbe.

Andere Rechtsnachfolger jenes Erwerbers sind dies, wenn sie zur Zeit des Erwerbes die betrügerische Absicht des Gemeinschuldners kannten,[3] oder wenn sie als nahe Verwandte desselben die Präsumtion gegen sich haben und sie nicht durch den Nachweis ihrer Nichtkenntniß entkräften können.

3. Der Konkursverwalter kann Rückgewähr des durch die anfechtbare Handlung Entfremdeten fordern, der einzelne benachtheiligte Gläubiger kann dies nur soweit, als es zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Im Uebrigen ist richtiger Ansicht nach zu unterscheiden:[4]

a) Der Anfechtungsgegner war *fraudulos* oder gilt wenigstens als naher Verwandter des Schuldners für fraudulos. Hier ist er nach den Grundsätzen der römischen paulianischen Klage zu behandeln. Er haftet also ohne Rücksicht auf Besitz, trägt die Gefahr, hat nicht bloß die gewonnenen, sondern auch die gewinnbaren Früchte und Zinsen zu erstatten.

b) Er haftet kondikticisch aus Geschäften und Zahlungen, *weil dieselben der Zeit des anstehenden Konkurses angehören*. Hier sind die Grundsätze der Kondiktionen wegen mangelnden Grundes anzuwenden. Geld ist daher in der empfangenen Summe zurückzuerstatten. Bezüglich anderer Objekte trägt der Empfänger aber die Gefahr nicht, er hat nur die Sache, wie sie sich ohne seine Schuld findet, zurückzugeben, und wenn er gutgläubig verzehrte oder veräußerte, den Preis. Zinsen hat er zu ersetzen, wenn er selbst solche zog, sowie im Falle des Verzuges.

---

2) Reichsgesetz § 2.

3) K.O. § 32, Reichsgesetz § 11. Der Dritte ist nach diesen Gesetzen belangbar, wenn er „die Absicht des *Gemeinschuldners*, seine Gläubiger zu benachtheiligen, kannte". Kommt also Kenntniß von Anfechtungsgründen anderen Charakters nicht in Betracht? Man wird dies doch nach der Analogie anzunehmen haben. Vgl. übrigens Cosack a. a. O. S. 310.

4) K.O. § 30 bestimmt: „was veräußert ist, muß zur Konkursmasse *zurückgewährt* werden. Der gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Leistung hat dieselbe nur so weit zurückzugewähren, als er durch sie *bereichert* ist." Welchen Umfang die Rückgewähr, vom letzten Falle abgesehen, hat, darüber spricht sich das Gesetz nicht aus. Vgl. mein preuß. Pr.R. Bd. 2 § 131, Cosack a. a. O. S. 254, siehe ferner oben Bd. 2 § 141 Anm. 27. Ueber Fälle, in welchen ein über mehrere Objekte geschlossenes Geschäft nur bezüglich eines derselben anfechtbar ist, vgl. R.G. Bd. 21 S. 95.

c) Gutgläubige Empfänger einer unentgeltlichen Zuwendung sind nur auf den Betrag ihrer Bereicherung verbunden.

4. Die etwaige Gegenleistung kann bei konkursmäßiger Anfechtung angerechnet werden, soweit sie der Masse zu gute kam.[5][6]

5. Die konkursmäßige Anfechtung verjährt in einem Jahre von der Konkurseröffnung an,[7] die individuelle wegen fraudulöser Handlungen in 10 Jahren von der Entstehung des Klagerechtes an.[8][9]

---

5) K.O. § 31.

6) Das Reichsgesetz § 8 bestimmt bezüglich der individuellen Anfechtung „wegen Erstattung einer Gegenleistung kann der Empfänger sich nur an den Schuldner halten". Aber wie, wenn sich der Gläubiger aus der Gegenleistung für seine Forderung bereits theilweise Befriedigung holte. Der Schuldner hat z. B. anfechtbarerweise ein Landgut gegen ein Haus eingetauscht, der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung das Landgut veräußert und Befriedigung des größeren Theiles seiner Forderung aus demselben bekommen; kann er nun in Folge der Anfechtungsklage ohne Weiteres auch aus dem Hause Befriedigung für den Rest seiner Forderung beitreiben? Dies ist doch nur auf den Betrag möglich, zu welchem das Haus einen höheren Werth hat als das Landgut. Sonst würde der Anfechtungsgegner mit doppelten Ruthen gezüchtigt. Vgl. Cosack a. a. O. S. 272. Siehe ferner R.G. Bd. 20 S. 157.

7) K.O. § 34 bestimmt: „Das Anfechtungsrecht verjährt in einem Jahre seit der Eröffnung des Verfahrens". Dies bezieht sich auch auf Einreden. Gilt dies auch, wenn der Gläubiger einer anfechtbaren Forderung dieselbe im Konkurse, der sich in die Länge zieht, erst nach einem Jahre anmeldet und sie jetzt erst zur Kenntniß der Gläubiger kommt? Muß die offenbar fraudulöse Forderung nunmehr zur Theilnahme im Konkurse zugelassen werden, weil die Anfechtung verjährt ist! Man muß gegen solche Machination durch exceptio doli helfen. Denn unmöglich kann die Unzulänglichkeit der Gesetzgebung grobe Uebervortheilung der Konkursgläubiger privilegiren.

8) Reichsgesetz § 12 enthält das Nähere.

9) Nicht ohne eine bestimmte Absicht wurde bei der Darstellung des Anfechtungsrechtes nach den Reichsgesetzen auf einige ihrer erheblichsten Lücken und Unvollkommenheiten hingewiesen. Diese Gesetze sind nach reiflichster Vorbereitung von bewährten Sachkennern und tüchtigen Juristen verfaßt, und doch — wie manche Fragen lassen sie offen, wie viele lösen sie mangelhaft! Das mag die Hohlheit der naiven Meinung vor Augen führen, als komme es nur auf Abfassung neuer Gesetze an, um der Probleme des Privatrechtes Herr zu werden, und als reiche die Kenntniß ihrer Paragraphen für das Rechtsleben aus. Um Recht zu sprechen und zu bilden, muß man juristisch zu denken wissen. Und diese Kunst lehren uns vor Allem die Meister des römischen Rechtes.

Sachregiſter.

Es ſind ſowohl die Paragraphen als die Seiten bezeichnet. Die Paragraphen-Ziffer ſteht eingeklammert hinter der Seiten-Ziffer. Die fett gedruckten Zahlen weiſen auf die sedes materiae hin. a = Anmerkung.

A.

Abſchluß obligatoriſcher Geſchäfte 22 ff. (9 ff.); des Kaufvertrages 250 (94).
Abſonderungsberechtigte im Konkurſe 156 (56).
Abſtrakte Geſchäfte 6 a 4 (3).
Abſtrakte Obligationen 61 ff. (22).
Abtretung ſ. Ceſſion.
Abweſende, Verträge unter A. 29 ff. (11).
Acceptation 22 ff. (9).
Acceptilatio 146 ff. (54), 197 (73).
Acceſſoriſche Stipulation 185 (69).
Acceſſoriſches Intereſſe 120 (44).
Actio aestimatoria 321 (120), 20 (7).
— aestimatoria injuriarum 361 a 12, a 16 (137).
— certae pecuniae 233 a 1 (87), 362 (138), 366 a 8 (140), 370 a 28 (141).
— civilis 5 (3).
— commodati 240 (90).
— communi dividundo 65 a 2 (23), 326 a 8 (122).
— conducti 297 (110).
— constitutoria 186 (69).
— contraria 54 (19).
— de aestimato 321 a 3 (120).
— de calumnia 343 (129).
— de dejectis et effusis 356 (134).
— de dolo 343 (129).
— de eo quod certo loco 93 (33).
Actio de in rem verso 39 (14), 35 (13), 40 a 12, 13 (14), 41 a 17 (14).
— de in rem verso utilis 40 (14), 41 a 16, 17 (14), 339 (127).
— de pastu 356 (133).
— de pauperie 354 (133), 352 a 15 (131), 356 a 12 (133).
— de peculio 38 (14), 35 (13).
— de pecunia constituta 186 (69), 206 (77).
— de positis et suspensis 356 a 3 (134).
— de recepto 105 (39).
— de servo corrupto 343 (129).
— depensi 214 a 1 (80).
— depositi 246 (92).
— directa, contraria 54 (19).
— doli 358 ff. (136), 344 (129).
— empti 263 (98), 266 (99).
— ex empto 263 (98), 266 (99).
— ex syndicatu ſ. Syndikatsklage.
— exercitoria 35 (13), 339 a 4 (127).
— furti 348 (130), 346 (129).
— injuriarum 359 ff. (137), 345 (129).
— institoria 35 (13), 104 (38), 340 a 4 (127), quasi institoria 37 (13).
— institutoria 226 (84).
— legis Aquiliae 348 ff. (131 ff.), 7 a 6 (3), 344 (129), 357 (135).
— locati 297 (110).
— mandati 314 (116), 39 (14), contraria beim mandatum qualificatum 208 (77), 214 (80), 223 (83).

Actio mutui 233 a 1 (87).
— negotiorum gestorum 322 (121), 285 (106), 326 (122), 39 (14), 42 a 17 (14), des Bürgen 215 (80), 216 a 8 (80), 223 (83).
— non adimpleti contractus 280 (103).
— noxalis 103 ff. (38), 354 (133).
— Pauliana 376 ff. (144 ff.).
— pro socio 338 (126), 334 (125).
— quanti minoris 273 ff. (101).
— quasi institoria 37 (13).
— quod jussu 38 (14), 35 (13).
— quod metus causa 7 a 6 (3).
— redhibitoria 273 ff. (101).
— restitutoria 226 (84).
— servi corrupti 343 (129).
— tributoria 39 a 6 (14).
— utilis bei Verträgen zu Gunſten Dritter 51 (18), des Ceſſionars 132 (47).
— venditi 262 (97), 182 a 6 (67).
— vi bonorum raptorum 343 (129).
Actiones aediliciae 273 (101).
— adjecticiae qualitatis 34 ff. (13 ff.).
— poenales 342 ff. (129 ff.)
— stricti juris 362 (138).
— utiles 132 (47).
— vindictam spirantes 137 a 4 (50).
Addictio in diem 258 (95).
Adjectus solutionis causa 152 a 16 (55), 167 a 9 (60).
Adreſſat von Sendungen 53 (18).
Aediliciſche Klagen 271 ff. (100).
Aestimatio 120 (44).
Aestimatoria praescriptis verbis 20 (7).
Aestimatorius contractus 321 (120).
Affektionsintereſſe 121 (44).
Afterbürge 213 (79).
Aftervermiethung 299 (111).
Akkord (Zwangserlaß) 180 (66), 157 (56).
Aktive Korrealobligationen 201 ff. (74).
Alea 252 (94).
Aleatoriſche Verträge 282 (104).
Alimentationspflicht 89 ff. (31), 351 (133).
Alimentenforderungen, Ceſſibilität 137 (50), Kompenſation 175 a 14 (63).
Alternativ-Obligationen 77 ff. (27).
Alterum tantum bei Zinſen 88 a 9 (30).
Amtspflicht, Verletzung 358 (135).
Anatocismus 88 (30).
Anerkennung eines cedirten Anſpruches durch den Schuldner 142 a 9 (51).
Anfechtung fraudulöſer Geſchäfte 376 ff. (144 ff.).
Angeld 32 (12).
Animus contrahendae societatis 332 (124).
— donandi 180 (65), 223 (83), 225 (84), 285 (106).
— injuriandi 360 (137).
— lucri faciendi beim furtum 347 (130).
— novandi 166 (60).
Annahme an Erfüllungsſtatt 160 (58).
Annahmeverzug 116 ff. (43).
Annullirung des Kaufes 258 (95).
Anpreiſungen beim Kauf 272 (100).
Antheile der Geſellſchafter 335 (126).
Anweiſung 318 (119).
Anzahlungen 258 (95).
Apocha 148 a 14 (54).
Arbitratoren 43 (15).
Argentarius 56 (20), 170 (62).
Argliſt ſ. dolus.
Arra 32 ff. (12), beim Kauf 258 (95).
Arra poenitentialis 33 (12).
Arreſtſchlag, ungerechtfertigter 357 (135).
Arrha ſ. Arra.
Aſſignation 318 ff. (119).
Aufbewahrung 245 (92).
Aufhebung der Obligationen 146 ff. (54 ff.), der Kaufgeſchäfte 273 (101), 277 (102).
Aufkündigung ſ. Kündigung.
Aufrechnung 169 ff. (62 ff.).
Auftrag 310 ff. (115 ff.).
Auslagen beim commodatum 242 (90), beim depositum 247 (92), bei der actio redhibitoria 274 (101), beim mandatum 314 (116), bei der negotiorum gestio 329 (122), bei der societas 338 (126).
Auslobung 24 (9).
Ausſcheidungstheorie beim Kauf 261 a 9 (96).
Ausſonderungsberechtigte im Konkurſe 156 (56).
Außengeſellſchaften 339 (127).
Außerkontraktliche Obligationen 342 ff. (129 ff.).
Aeußerungstheorie 30 (11).

B.

Baarkauf 255 (95).
Baarzahlung 174 a 11 (68).
Bauſch und Bogen, Kauf 261 (96).
Beamte 358 (136).
Bedingung beim Kauf 261 (96).
Beendigung der Obligationen 146 ff. (54 ff.).
Befreiung des Schuldners 146 ff. (54 ff.).
Benachrichtigung von der Ceſſion 133 (48.)
Beneficium cedendarum actionum 210 (78), 215 (80), 219 (81).
— competentiae 157 (57), 287 (107), 334 (125).
— dationis in solutionem 161 a 8 (58).
— divisionis 7 a 7 (3), 196 (73), 210 (78), 217 (81).
— excussionis 210 (78), 7 a 7 (3).
Bereicherung, ungerechtfertigte 364 ff. (138 ff.)
Bereicherungsklagen 364 (138).
Beſchädigung 348 ff. (131 ff.)
Beſchlagnahme von Dienſtlohn 138 a 6 (50).
Beſtimmbarkeit der Leiſtung 41 (15).
Beſtimmungsort 92 (32), beim Kauf 256 (95).
Betrug als Obligationsgrund 355 (136).
Bewachung 100 (37).
Bodmereivertrag 239 (89).
Bonae fidei judicia 49 (17), 170 (62).
— fidei negotia 6 (3).
Boni mores 48 (16).
Bonitas nominis 143 (52).
Bonorum emptio 155 (56), 170 (62).
Buchhandel (Konditionsgeſchäft) 322 a 10 (120).
Bürgſchaft 203 ff. (76 ff.), 208 ff. (78 ff.).

C (vgl. auch K).

Calumnia 343 (129).
Capitis deminutio 199 a 14 (73), 334 a 7 (125).
Casus 119 (44), 183 a 6 (68).
— certi 125 a 16 (45).
Caupo 105 (39), 104 a 5 (38).
Causa bei obligatoriſchen Verträgen 61 ff. (22), vgl. 374 (143).
— finita 375 (143).
Cautio damni infecti 121 a 2 (45).
— discreta, indiscreta 63 (22).
Certum, incertum 42 (15).
Ceſſibilität der Rechte 137 (50).
Cessio bonorum 155 (56).
— necessaria 137 (49).
Ceſſion 132 ff. (48 ff.)
Ceſſionsverbote 137 (50).
Check 151 a 10 (55).
„Civilis“ obligatio 5 ff. (3), 8 ff. (4).
Claudicantia negotia 58 (20).
Clausula doli 47 a 13 (16).
Codex accepti, expensi 19 (7).
Colonia partiaria 297 a 4 (111).
Colonus 297 a 2 (111).
Commodatum 239 ff. (90).
Commodum 67 (23).
Compensatio 169 ff. (62 ff.).
— lucri cum damno 124 (45).
Concursus duarum causarum lucrativarum 184 (68).
Condemnatio „in quantum facere potest debitor“ 157 (57).
Condictio 362 (138).
— causa data non secuta 372 ff. (142), 363 (138).
— causa finita 290 a 14 (108).
— certi, incerti 362 (138).
— de bene depensis 231 a 4 (86).
— ex l. 35 C. de donat. 286 (107).
— ex mutuo 233 (87).
— ex poenitentia 20 a 16 (7).
— furtiva 364 (139), 348 (130), 363 (138), 369 (141).
— indebiti 367 (141), 60 (21), 160 a 4 (58), 179 (65), 362 (138), 363 (138), 7 a 7 (3).
— ob causam 372 (142), 363 (138).
— ob iniustam causam 363 (138).
— ob turpem causam 363 (138).
— ob turpem vel iniustam causam 365 ff. (140).
— possessionis 363 (138).
— sine causa 374 (143), 20 (7), 230 (85),

231 (86), 363 (138), 286 (106), 289 a 8 (108).
Condictio triticaria 233 a 1 (87), 362 (138).
Conductio ſ. locatio.
Conductor 296 (110).
Confusio 181 (67).
Consensus contrarius 179 (65), 277 a 1 (102).
Consilium (Rath) 311 (115).
— fraudandi 379 (145).
Constitutum 19 a 12 (7).
— debiti 185 ff. (69), 206 ff. (77).
— debiti alieni 206 (77), 210 (78).
— possessorium 333 a 8 (124).
Contractus, Begriff 15 a 2 (6).
— aestimatorius 321 (120).
— mohatrae 232 a 7 (86).
— socidae 297 a 4 (111).
Contrectatio 346 (130).
Correi stipulandi, promittendi 189 (71).
Creditor, Begriff 3 (1).
Culpa 97 ff. (36 ff.).
— in concreto 100 a 4 (37), 102 (37), 337 (126).
— in contrahendo 25 ff. (10), 24 a 10 (9), 28 a 10 (10), 253 a 16 (94), 358 (135).
— in custodiendo 103 (38).
— in eligendo 103 (38).
— in exigendo 136 a 5 (49).
— lata 99 a 5 (36), 101 (37), 243 (91), 246 (92), 268 a 5 (107), 118 (43).
Custodia 100, 101 (37).
— beim depositum 245 (92).
— beim Kauf 259 a 2 (96).

D.

Damnationsſchuld 370 (141).
Damnum 119 (44).
— corpori corpore datum 350 (131).
— emergens 122 (45).
— injuria datum 349 (131).
Dare als Gegenſtand des Forderungsrechtes 68 (24).
Darlehen 228 ff. (85 ff.).
Datio in solutum 160 (58), 161 a 8 (58), 162 a 8 (59).
Debitor, Begriff 3 (1).
Deductio 170 (62).
Delegation 161 ff. (59), 318 a 1 (119).
Delikt, Begriff 16 (6).
Deliktsobligationen 342 ff. (129 ff.).
Deliktsobligationen und Kontraktsobligationen 15 ff. (6).
Denuntiation bei der Ceſſion 132 ff. (48).
Depoſition, öffentliche zum Zweck der Erfüllung 167 ff. (61), 118 (43).
Depositum 245 ff. (92 ff.).
— irregulare 248 (93), 249 a 5 (93), 168 a 7 (61), 175 (63), 230 (85).
— miserabile 7 a 6 (3).
Dicta, promissa 272 (100).
Dienſtlohn, Beſchlagnahme 138 a 6 (50); Vorrecht im Konkurſe 157 (56).
Dienſtmiethe 303 ff. (112).
Diligentia 100 ff. (37).
Dingliche Anſprüche 4 a 12 (1).
Dingpfennig 32 (12).
„Disjunktive" Obligationen 78 a 2 (27).
Dispache 110 (114).
Diſtancekauf 256 (95).
Diſtanceſendung 256 (95), 261 (96), 263 (97), 277 (101).
Dividende 32 a 5 (28).
Dolus 98 ff. (36), 118 (43), 243 (91), 246 (92), 268 a 20 (99), 269 (99), 278 (102), 283 a 6 (105), 288 a 5 (107), 290 a 18 (108), 46 (16).
Dominium litis 131 (47).
Donatio 284 (106).
Doppelmandat 318 (119).
Draufgabe 32 (12).
Dritte, Verträge zu Gunſten Dritter 51 (18).
Duplicatio actionis 7 a 6 (3).

E.

Ehegatten, Schenkungen 290 (108).
Einrede ſ. exceptio.
Einſeitig verpflichtende Geſchäfte 54 (19).
Einſeitige Obligationen 54 ff. (19).

Einſeitige Verſprechen 22 ff. (9).
Eiſenbahnen, Haftung der Unternehmer 106 (39).
Eiſenbahnſendung 53 (18).
Eiſern-Vieh-Vertrag 300 a 25 (111).
Empfangstheorie 31 a 9 (11).
Emptio 251 ff. (94 ff.).
— ad gustum 256 (95).
— ad mensuram 261 (96).
— bonorum 155 (56), 170 (62), 376 (144).
— per aversionem 261 (96).
— rei speratae 252 a 12, 13 (94).
— spei 252 (94).
— venditio 251 (94).
Entrepriſe 306 (113).
Entſtehungsgründe der Obligationen 15 ff. (6 ff.).
Entſtellung einer Frau 358 (132).
Entwährung der Kaufſache 265 (99).
Entwendung 346 (130).
Erbſchaftskauf 134 (48).
Erfüllung der Obligation 149 ff. (55).
Erfüllungsort 90 ff. (32 ff.).
Erfüllungsort beim Kauf 256 (95).
Erfüllungsſurrogate 160 ff. (58 ff.).
Erfüllungstheorie beim Kauf 262 a 9 (96).
Erfüllungsverſprechen 187 a 14 (69).
Erlaßvertrag 179 (65).
Erlöſchen d. Obligation 181 (87), 179 (65).
Erwerbsgeſellſchaft 333 (124).
Eviktion 265 ff. (99), 161 (58) u. a 7.
— beim Kauf 265 (99), 268 (97).
— bei der Miethe 298 ff. (111).
— bei Schenkungen 287 (107).
— bei Vergleich 292 (109).
Ex contractu, ex delicto 15 a 2 (6).
Exceptio de jure tertii 136 a 4 (49).
— divisionis ſ. beneficium.
— doli 141 a 8 (51), 145 a 7 (53), 151 a 13 (55), 160 a 3 (58), 170, 171 (62).
— excussionis 210 (78), 7 a 7 (3).
— evictionis imminentis 268 (97).
— mercis non traditae 56 (20).
— non adimpleti contractus 59 ff. (21), 137 a 3 (50), 145 a 7 (53), 174 a 10 (63), 280 (103).
— non numeratae pecuniae 234 a 9 (87).
Exceptio plurium litisconsortium 197 (73).
— S. C. Macedoniani 211 (79), 286 (88).
— S. C. Vellejani 212 a 5 (79).
Exekutoriſche Urkunden 6 a 4 (3).
Exercitor navis 35 (13).
Expromiſſion 164 (59).

F.

Facere, non facere als Gegenſtand des Forderungsrechtes 69 (24).
Falcidiſche Quart 18 (5).
Fälligkeit der Forderungen 107 (40), 94 (34).
Fidejussio 204 (76), 209 (78).
— indemnitatis 212 (79).
Fidepromissio 204 (76).
Fides 18 (7).
Fingirte Ceſſion 137 (49).
Fiskus, Privilegien hinſichtlich der Kompenſationspflicht 175 (63).
— Zinsprivileg 84 (29).
Foenus nauticum 288 (89).
Forderung, Forderungsrecht ſ. Obligation.
Form der Rechtsgeſchäfte 17 ff. (7 ff.), 14 (5).
Formloſigkeit der Verträge 21 (8).
Frachtgeſchäft 305 a 3 (113).
Frachtſendungen 53 (18).
Fraudationis causa latitatio 155 (56).
Fremde Geſchäfte auf eigene Rechnung 330 (123).
Funddiebſtahl 346 (130).
Furtum 348 ff. (130), 240 (90), 246 (92).

G.

Ganerbſchaften 334 (125).
Garantievertrag 317 (118).
Gaſtwirth 105 (39), 103 (38).
Gefahr ſ. periculum.
Gegenforderung 169 (62).
Gegenſeitige Obligationen 54 ff. (19).
Gegenſeitig verpflichtende Geſchäfte 54 (19).
Gegenſtand der Obligationen 65 (23).
Geld, Geldſchulden 73 ff. (26), 254 (94).
Gelegenheitsgeſellſchaft 333 (124).

Gemeinschuldner s. Konkurs.
Gemischte Strafklagen 344 (129).
Generische Obligationen 71 ff. (25 ff.).
Genuskauf 253 (94), 261 (96), 277 a 22 (101).
Genusschuld 71 ff. (25), 149 a 4 (55).
Gesammtschuld 187 ff. (70 ff.).
Geschäfte, gewagte 282 (104); unsittliche 48 (16).
Geschäftsführer 34 (13).
Geschäftsführung ohne Auftrag 324 ff. (121 ff.).
Gesellschaftsvertrag 332 ff. (124 ff.), 19 (7).
Gesetzliche Cession 186 (49).
— Zinsen 82 (29).
Gesindemiethe 303 (112).
Gewagte Geschäfte 282 (104).
Gewährleistung beim Kauf 265 (98).
Gewalt, höhere 105 (39), 308 (114), 128 a 6 (46).
Gewalthaber, Klagen gegen denselben aus Kontrakten der Gewaltuntergebenen 88 ff. (14), aus deren Delikten 103 (38).
Gewinn und Verlust der Gesellschaft 336 (126).
Gläubiger, Begriff 8 (1), bestimmte und unbestimmte 23 (9).
Glücksspiel 280 ff. (104).
Gutsabtretungsverträge 53 (18).

H.

Haftung für fremdes Verschulden 103 (38).
— bis zur höheren Gewalt 105 (39), des Verkäufers für Eviktion 265 (99), für Zusagen und Mängel 271 (100).
Handelsgeschäft, Veräußerung 145 a 8 (53).
Handelsgesellschaft 333 (124), 336 a 4 (126), 338 (127).
Handgeld s. Arra.
Handlungsgehülfe, Dienstvertrag 308 (112).
Hauptschuldner s. Bürgschaft.
Hauskinder, Wirkung ihrer Kontrakte für den Hausvater 39 ff. (14), Verhaftung des Hausvaters für ihre Delikte 103 (38), Gelddarlehen an H. 235 ff. (88).
Haverei 308 (114).
Hinterlegung (=depositum) 245 ff. (92 ff.).
— öffentliche, zum Zweck der Erfüllung 167 ff. (61), 118 (43).
Hoffnungskauf 252 (94).
Höhere Gewalt 105 ff. (39), 308 (114); Einfluß auf Konventionalstrafe 128 a 6 (46).
Honorar 312 (115).

I (i).

Illiberale Dienste 308 (112).
Immobilienverkauf 264 a 8 (264).
Impensae s. Auslagen.
Indebitum 367 (141).
In diem addictio 258 (95).
Inhaberpapiere 25 (9), 249 a 4 (93).
Inhalt der Obligationen 65 (23).
Injurie 359 (137).
Inkassomandat 152 (55), 318 (119).
Innengesellschaften 339 (127).
Innominatkontrakte 19 (7), 21 (8).
Inquilinus 297 a 2 (111).
In rem verso 39 (14).
Insinuation, gerichtliche der Schenkungen 285 (108).
In solutum datio 160 (58).
Institor 36 (13), 340 a 4 (127).
Intercession 222 ff. (83 ff.).
Interdictum de precario 243 (91).
— de vi 103 a 4 (38).
— fraudatorium 377 (144).
— quod vi aut clam 194 a 6 (72).
Interesse 49 ff. (17), 121 (45).
Interpellatio 107 (40).
Interusurium 97 (35).
Inventar bei Pachtungen 300 a 25 (111).

J (j).

Judex qui litem suam fecit 358 (135 b).
Judikat 369 (141).
Juramentum in litem 125 (45).
Jus ad rem 8 (3).
— justum 254, 255 (95).
— poenitendi 20 a 16 (7).

Jus protimiseos 258 (95).
— variandi 80 a 16 (27).

K.

Kassation der Schuldurkunde 148 a 16 (54).
Kauf 250 ff. (94 ff.), 19 (7), 277 (102).
— auf Probe 256 (95).
— auf Spekulation 278 (102).
— gegen baar 255 (95).
— in Bausch und Bogen 261 (96).
— nach Probe 257 (95).
— zur Probe 257 (95).
Kaufpreis 254 (94), 276 (101).
Kaufsache, deren Uebergabe 264 (98).
Kausale Geschäfte 61 ff. (22).
Kausalnexus beim Schadensersatz 122, 124 (45).
Klage 5 ff. (3).
Klageort 92 ff. (33).
Klaglose Obligationen 8 ff. (4).
Kommodat 239 ff. (90), 19 (7).
Kompensation 169 ff. (62 ff.), 247 (92).
— der culpa 124 a 9 (45).
Kompetenz, Rechtswohlthat 157 (57).
Kondiktionen 362 ff. (138 ff.).
Kondictionsgeschäft 322 a 10 (120).
Konfusion der Obligationen 181 (67).
Konkurrirendes Verschulden 124 (45).
Konkurs 154 ff. (56), des Miethers 302 (111), eines Gesellschafters 341 (128), Kompensation 175 (63), Anfechtung von Rechtshandlungen des Schuldners 381 ff. (146 ff.), K. des Dienstherrn 304 (112).
Konkurskurator 378 (144).
Konkursverwalter 156 (56), 302 (111).
Konsensualkontrakte 18 (7), 21 (8), 277 a 1 (102).
Konstitut 185 ff. (69).
Kontrakt, Begriff 15 (6).
Kontraktensystem, römisches 17 (7).
Kontraktsobligationen und Deliktsobligationen 15 ff. (6).
Konvalescenz der Schenkung unter Ehegatten 290 (108).
Konventionalstrafe 127 ff. (46).
Korrealobligationen 188 ff. (71 ff.), 5 (2), 212 (79), 339 (127).
Kreation der Ordre- und Inhaberpapiere 25 a 12 (9).
Kreditauftrag 207 (77), 215 a 7 (80).
Kreditgeschäfte 3 (1).
Kreditkauf 255 (95).
Kreditzusage 229 a 5 (85).
Kündigung 94 (34), bei Sachenmiethe 302 (111), im Gesellschaftsverhältniß 341 (128).
Kumulative Interzession 222 (83).
Kumulative Schadensersatzpflicht 194 (72).
Kurswerth 76 (26).

L.

Laesio enormis 278 (102).
Lata culpa 99 a 5 ff. (36); s. culpa l.
Lebensversicherungen 53 (18).
Legitima pacta 19 (7).
Legitimae usurae 86 (30).
Leichenkosten 354 (132).
Leihe 239 ff. (90).
Leistung an Zahlungsstatt 160 (58).
Leistungspflicht des Schuldners 4 (2).
Leonina societas 337 a 8 (126).
Leugnen, Prozeßnachtheile 7 (3).
Lex Anastasiana 139 (51).
— Aquilia 346 ff. (131 ff.).
— Cincia 288 a 2 (108), 291 a 17 (108).
— commissoria 258 (95), 33 a 4 (12), 127 (46).
— Furia de sponsu 204 (76).
— Rhodia de jactu 308 (114).
Liberalitäten 283 (106), des Gemeinschuldners 156 (56).
Liberation 146 ff. (54).
Lieferungskauf 251 (94).
Lieferungstheorie beim Kauf 262 a 9 (96).
Liquidation 376 (144), 342 a 13 (129).
Litisdenuntiation s. Streitverkündung.
Litiskontestation, Wirkung bei Korrealobligationen 192 (72), 212 (79).
Litteralkontrakte 18 (7).
Locatio conductio 295 ff. (110 ff.), irregularis 305 a 5 (113), operarum 303 (112), operis 104 (38), 305 (113).
Locator 296 (110), 305 (113).

Lohn beim Mandat 312 (115), bei der Dienſtmiethe 304 (112).
Lohnforderungen, Ceſſibilität 138 a 6 (50), Vorrecht im Konkurſe 157 (56).
Lucrum cessans 122 (45).

M.

Magister navis 35 (13), 340 a 5 (127).
Mängel der Kaufſache 271 ff. (100), 276 (101), 265 (99).
— der Miethſache 298 (111).
— der Schenkung 287 (107).
Mahnung 107 ff. (40).
Majorität beim Zwangserlaß 180 (66).
— beim Stundungsvertrag 180 a 2 (66).
Mancipatio 288 a 2 (108).
Mandat 310 ff. (115 ff.), 19 (7).
Mandatum accipiendi 318 (119).
— aliena gratia 49 a 2 (17).
— qualificatum 207 (77), 317 (118).
— solvendi 318 (119).
Maſſegläubiger 156 (56).
Mensor 101 a 9 (37), 303 a 4 (112).
Miethe 295 ff. (110 ff.), 19 (7).
Miethkontrakt 245 (92).
Miethzins 299 (111), 264 a 5 (98).
Minderjährige, Zinsprivileg 113 (41), 84 (29).
Minderungsklage 273 ff. (101).
Miserabile depositum 7 a 6 (3).
Missio in bona 154 (56).
Mitbürge 218 (81).
Mitgläubiger, Mitſchuldner 187 ff. (70 ff.).
Mittelbarer Schaden 123 (45).
Modus bei Schenkungen 286 a 16 (106), 290 a 12 (108).
Mohatrae, contractus 232 a 7 (86).
Mora 107 ff. (40 ff.), 4 a 12 (1), 84 a 7 (29).
— creditoris 116 ff. (43).
Moratorium 180 a 2 (66), 179 (65).
Mores, contra bonos m. 48 (16).
Mortis causa donatio 286 (106).
Mutuum 228 ff. (85 ff.).
Mutuus dissensus ſ. consensus contrarius.

N.

Nachbürge 213 (79).
Nachlaß des Pachtzinſes 300 (111).
Nachlaßvertrag 179 ff. (65).
Naturalia negotii 27 (10).
Naturalobligation 8 ff. (4 ff.), 235 (88).
Nauta 105 (39), 104 a 5 (38).
Nauticum foenus 238 (89).
Nebenverträge beim Kauf 255 (95).
Negative Obligationen 65 (23).
Negatives Vertragsintereſſe 28 (10).
Negotia claudicantia 58 (20).
Negotiorum gestio 322 ff. (121 ff.).
Negotium utiliter coeptum 326 (122).
Nichtſchuld 367 (141).
Nomen verum, bonum 143 (52).
Nothwendige Ceſſion 137 (49).
Novation 161 ff. (59), durch Litiskonteſtation 131 (47), 198 (73), bei Korrealobligationen 198 (73).
Noxa 103 (38).
Noxalklagen 355 (133), 103 a 3 (38).
Nudum pactum 18 (7).

O.

Oblation 117 (43).
Obligatio, Begriff 1 ff. (1).
— alternativa 77 ff. (27).
— civilis 5 ff. (3), 8 ff. (4).
— dividua, individua 67 ff. (24).
— generis 71 ff. (25 ff.)
— in solidum 188 ff. (70 ff.), 202 (75), 352 (131).
— naturalis 8 ff. (4 ff.), 235 (88).
Obligatoriſcher Vertrag 17 ff. (7 ff.).
Offerte 25 (9), 24 a 10 (9), 29 ff. (11).
Operae liberales, illiberales 303 (112).
Ordrepapiere 25 (9).
Ort der Ablieferung 92 (32).
— der Beſtimmung 92 (32).
— der Erfüllung 90 ff. (32).
— der Klage 93 ff. (33).

P.

Pacht 297 (111).
Pachtnachlaß 300 (111).

Pachtzins 299 (111), 264 a 5 (98), 297 a 4 (111).
Pactum adjectum 130 (47).
— de contrahendo 27 (10), 138 a 4 (50).
— de mutuo dando 229 (85).
— de non cedendo 138 (50).
— de non petendo 146 a 10 (54), 165 a 2 (60), 179 (65), 198 (73).
— displicentiae 257 (95).
— legitimum 19 (7).
— praetorium 19 (7).
— nudum 18 (7), 21 (8).
Paſſive Korrealobligationen 196 ff. (73).
Pauliana actio 376 ff. (144 ff.).
Pauperies 354 (133), 352 a 15 (131).
Peculium 38 (14), 35 (13), 235 (88).
Pecunia trajecticia 238 (89).
Penſionsanſprüche 175 a 14 (63); ſ. auch Wittwenpenſion.
Perfektion des Kaufes 259 (96).
Periculum rei 57 (20), 67 (23), 71 a 2 (25), 118 a 11 (43), 259 (96), 296 (110).
Perpetuation der Obligationen 111 (41), 130 (47).
Pertinenzen der Kaufſache 263 (98).
Pfandrecht des Konkursgläubigers 156 (56), des Vermiethers 301 a 26 (111).
Pflichttheilserben 291 (108).
Piraten 309 (114).
Poenae temere litigantium 6 a 5 (3).
Pönalklagen 342 ff. (129 ff.).
Pollicitatio 23 (9).
Poſitive Obligationen 65 (23).
Poſtſendung, Adreſſat derſ. 53 (18).
Pränumerationskauf 255 (95).
Praetoria pacta 19 (7).
Precarium 242 ff. (91).
Preisminderung beim Kauf 276 (101).
Pretium certum 254 (94).
Privative Interceſſion 222 (83).
Privilegia causae, personae 140 a 6 (51).
Privilegium exigendi 157 (56).
Probe, Kauf auf, nach, zur Probe, ſ. Kauf.
Procurator in rem suam 131 (47).
Prokuriſt 36 a 7 (13).
Promittent 22 (8), 47 (16), 229 (85).
Provocatio ex lege si contendat 218 a 10 (81).
Prozeßkoſten 7 (3).
Prozeßſtrafen 7 (3).
Prozeßzinſen 84 (29), 287 a 2 (107).
Punktationen 26 (10).
Purgatio morae 114 (42).

Q.

Quanti ea res sit 120 a 7 (44).
Quaſidelikts-Obligationen 16 (6).
Quaſikontraktliche Obligationen 16 (6).
Querela inofficii testamenti 182 a 6 (67).
— non numeratae pecuniae 148 a 14 (54), 234 a 9 (87).
Quittung 148 (54), 152 a 15 (55), 235 a 9 (87).
— Anſpruch des zahlenden Schuldners auf Quittung 154 a 32 (55).
Quod interest 120 a 7 (44).

R.

Rangordnung der Gläubiger im Konkurſe 156 (56).
Rapina 343 (129).
Rath 311 (115).
Ratihabition 328 (122).
Raub ſ. rapina.
Realkauf 252 (94).
Realkontrakte 228 ff. (85 ff.), 18 ff. (7), 21 (8).
Realoblation 116, 117 (43).
Receptum (Bürgſchaft) 206 (77).
— nautae, cauponis 105 (39).
Recht zur Sache 8 (3).
Rechtswohlthat ſ. beneficium.
Redhibitionsklage 278 ff. (101).
Regreß des Bürgen 214 ff. (80).
— des zahlenden Korrealſchuldners 200 (73).
— des Solidarſchuldners 203 (75).
Reiſender 32 a 10 (11), 105 a 3 (39).
Relocatio tacita 302 (111 d).
Remissio ſ. Erlaßvertrag.
— mercedis 300 (111).
Remuneratoriſche Schenkungen 286 (106).
Rente 82 a 5 (28); Schenkung 289 (108).

Renuntiatio ſ. Kündigung.
— mandati 316 (117).
— societatis 341 (128).
Reparaturen bei der Miethe 299 (111).
Repräſentation ſ. Stellvertretung.
Res extra commercium 45, 46 (16).
Reſciſſion 277 (102), 377 (144).
Retention 247 (92), 258 (95).
Reurecht 20 a 16 (7).
Revokation ſ. Widerruf.
Rheder 35 (13).
Rückbürge 215 (80).
Rückgriff ſ. Regreß.
Rücktrittsrecht beim Kauf 258 (95).
— beim Auftrag 316 (117).
— bei der Geſellſchaft 341 (128).
— bei der Miethe 298, 299 (111).
— vom zweiſeitigen Vertrage 114 (41).
Rustici bei der condictio indebiti 371 (141).

S.

Sachbeſchädigung 348 ff. (131 ff.), 343 (129).
Sachenmiethe 297 (111).
„Salvum fore recipio“ 105 a 3 (39).
Schadenserſatz 119 ff. (44 ff.).
Schadlosbürge 212 (79).
Schenkung 283 ff. (106 ff.).
Schiedseidvertrag 294 a 14 (109).
Schiffer 105 (39), 104 a 5 (38), 308 (114).
Schmerzensgeld 353 (132).
Schuld, Begriff 3 (1).
Schuldſchein, Zurückgabe an den Schuldner 148 a 16 (54).
Schuldübernahme 144 (53).
Schuldverträge 22 (9).
„Securitas“ 148 a 14 (54).
Seedarlehen 288 (89).
Selbſthülfeverkauf 118 (43).
Senatusconsultum Macedonianum 235 ff. (88), 13 (5).
— Vellejanum 223 ff. (84).
Separatiſt 156 (56).
Sequeſtration 246 (92), 249 (93).
Societas 332 ff. (124 ff.), Beendigung 340 (128).
Solidar-Obligationen 185 ff. (70 ff.), S.-O. im engeren Sinn 202 (75), 352 (131).
Solidus, Werth deſſelben 288 (108).
Solutio 146 a 1 (54).
Solutionis causa adjectus 152 (55 u. a 16), 167 a 9 (60).
Species-, Genus-Schuld 71 ff. (25); Speciskauf 254 a 18 (94).
Spiel 280 ff. (104).
Sponsio (Bürgſchaft) 204 (76).
— dimidiae partis 186 (69).
Sponsiones 282 (105).
Stabularius 105 (39), 104 a 5 (38).
Stipulatio 17 ff. (7), 22 (8), debiti 62 (22), ob causam 62 (22), zum Zwecke der Novation 165 (60).
Strafarra 33 (12).
Strafklagen 342 ff. (129 ff.).
Streitverkündung bei Eviktion 266 (99).
Stricti juris actiones 6 (3).
Stundung 179 (65), 180 a 2 (66).
Subjekt, Wegfall 181 (67).
Sublocatio 299 (111).
Synallagmatiſche Verträge 54 ff. (20).
Syndikatsklage 358 (135).

T.

Tageskauf 256 (95).
Tauſch 279 (103), 247 (94).
Theilbarkeit der Obligationen 67 ff. (24).
Theilpacht 297 (111).
Theilzahlungen 150 (55).
Thiere, Beſchädigung durch Th. 354 (133).
Tilgung der Obligationen 146 ff. (54 ff.).
Tod als Beendigung des Mandates 316 (117), des Geſellſchafters 341 (128), vgl. 181 (67).
Todtſchlag 354 (132).
Totaliſator 282 a 7 (104).
Tradition der Kaufſache 251 (94), 263 (98).
Transactio 291 ff. (109).
Trödelvertrag 321 (120), 20 (7).

U.

Uebergabe der Kaufsache 263 (98).
Uebertragung der Obligationen 130 ff. (47 ff.).
Umgestaltung der Obligationen 161 ff. (59 ff.).
Unbenannte Realkontrakte 19 (7), 21 (8).
Unbestimmtheit der Gläubiger 23 ff. (9).
Undank, Widerruf der Schenkungen wegen Undanks 290 (108).
Unentgeltliche Verfügungen, Anfechtbarkeit 384 (146).
Unerlaubtes als Gegenstand der Willenserklärungen 45 ff. (16).
Unfall 183 a 6 (88).
Ungerechtfertigte Bereicherung 364 a 13 (138).
Ungültige Versprechen 48 a 16 (16).
Unmögliche Versprechen 45 (16).
Unmöglichwerden der Leistung 182 (68).
Unsittliche Versprechen 45 (16); unsittliche Geschäfte 48 (16).
Untergang s. Aufhebung.
Untergesellschaft 338 (126).
Unterschlagung 346 (130), 347 a 14 (130).
Untheilbarkeit der Obligationen 67 ff. (24).
Urfall 309 (114).
Usurae s. Zinsen.
— indebitae 367 a 9 (141).

V.

Valuta beim Darlehen 230 (86).
Venditio 250 ff. (94 ff.).
„Vera rei aestimatio“ 120 (44).
Veränderungen der Obligationen 130 ff. (47 ff.).
Verbalkontrakte 18 (7).
Verbaloblation 116 (43).
Verbindlichkeit s. Obligation.
Verbindungskraft formloser Schuldverträge 21 (8).
Vererblichkeit der Deliktsobligationen 345 (129).
Vergleich 291 ff. (109).
Verhaftung für fremdes Verschulden 103 (38).
Veritas nominis 143 (52).
Verkauf 250 ff. (94 ff.).
Verletzung über die Hälfte 278 (102).
Verminderung des Kaufpreises 276 (101).
Vermögenswerth bei Obligationen 49 ff. (17), 2 (1).
Vernehmungstheorie 30 (11).
Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder 285 ff. (88).
Verschuldung 97 ff. (36 ff.), 357 (135).
Versehen des Richters 358 (135 b).
Versio in rem 35 (13).
Versprechen, einseitige 22 (9), unmögliche, unsittliche 45 (16), ungültige 48 a 16 (16), V. einer Schenkung 286 (107).
Versteigerung 32 a 16 (11).
Vertrag 21 ff. (8 ff.).
— abstrakter, individuell charakterisirter 61 ff. (22).
— als Entstehungsgrund von Obligationen 21 ff. (8 ff.).
— einseitiger, zweiseitiger, gegenseitiger 22 ff. (9), 54 ff. (19).
— formeller und materieller 61 ff. (22).
— Glücksvertrag 280 (104).
— zu Gunsten eines Dritten, zu Lasten eines Dritten 51 ff. (18).
Vertragsschluß unter Abwesenden 29 ff. (11).
Vertragsverhandlungen 25 (10).
„Verum rei pretium“ 120 a 7 (44).
Verunstaltung 353 (132).
Verwendungen auf die Kaufsache 262 (97).
Verzug 107 ff. (40 ff.), 84 a 7 (29), 279 (102).
— des Gläubigers 116 ff. (43).
Verzugszinsen 84 (29), 113 (41), 287 (107).
Vindikant 156 (56).
Vires hereditariae 345 a 14 (129).
Vis major 105 ff. (39); Einfluß auf Konventionalstrafe 128 a 6 (46).
Vorausklage 213 (79).
Vorkaufsrecht 257, 259 (95).
Vorläufige Vollstreckbarkeit der Urtheile 6 a 4 (3).
Vorrecht im Konkurse 157 (56).
Vorverträge 25 ff. (10).
Votum 24 (9).

W.

Waare 250 (94).
Wahl bei alternativen und generischen Obligationen 78 ff. (27), 71 (25).
Wandelungsklage 273 (101).
Wegfall des Subjektes 181 (67).
Weibliche Rechtswohlthaten 223 ff. (84).
Werkverdingung 305 (113).
Wette 282 ff. (105).
Widerruf des Mandates 316 (117).
— der Schenkungen 290 (108).
Wiederkaufsrecht 257 (95).
Wirthe 103 (38), 105 (39), 32 a 10 (11).
Wittwenpension 124 a 10 (45), 137 a 4 (50); s. auch Pensionsansprüche.
Wucher 87 (30).
Würderungseid 125 (45).

Z.

Zahlung 147 ff. (55).
Zahlungsaufforderung 107 (40).
Zahlungseinstellung 155 (56).
Zahlungsempfänger 152 (55).
Zahlungsstatt, Leistung an Z. 160 (58), 97 a 4 (36).
Zahlungstermin 107 (40).
Zahlungsunfähigkeit 155 (56).
Zeit der Leistung 94 ff. (34).
Zeitbestimmungen 96 ff. (35).
Zeitkauf 256 (95).
Zins vom Zins 88 (30), 97 (36).
Zinsen 81 ff. (28 ff.), 152 a 25 (55).
— Beschränkungen derselben 86 ff. (30).
— foenus nauticum 238 (89).
— Erlaß 285 a 11 (106).
— gesetzliche, vertragsmäßige 83 ff. (29).
— beim Darlehen 233 (87).
— beim depositum irregulare 248 (93).
— beim Kaufpreis 262 (97).
— bei der Kompensation 178 (64).
— bei Schenkungen 287 (107).
Zubehör der Kaufsache 263 (98).
Zufall 119 (44), 183 a 6 (68).
Zusagen beim Kauf 271 (100).
Zwangserlaß, Zwangsvergleich 180 (66).
Zwischenzins 97 (36).

J. Pätz'sche Buchdr. (Lippert & Co.), Naumburg a/S.

In demſelben Verlage erſchien ſoeben:

Anleitung zur Anfertigung der wiſſenſchaftlichen Arbeit für die erſte juriſtiſche Prüfung. Von **Albert Striemer**, Gerichtsaſſeſſor in Königsberg i. Pr. Preis Mk. 1,20.

Seit mehreren Jahren ertheilt der Verfaſſer Rechtskandidaten Unterricht zur Vorbereitung auf das mündliche Examen. Dadurch iſt er mit den Bedürfniſſen und Wünſchen, welche in den Kreiſen der Studirenden empfunden werden, bekannt geworden und die Herausgabe dieſer Schrift entſtanden. Dieſelbe hat vor ihrer Veröffentlichung mehreren hochgeſtellten und mit Examenarbeiten beſchäftigten Juriſten vorgelegen und deren Beifall gefunden.

Das **„Juriſtiſche Litteraturblatt“** bringt auf Seite 36 des Jahrgangs 1892 folgende Beurtheilung:

„Eine vortreffliche kleine Schrift, die manchen Kandidaten vor der Anfertigung einer verfehlten Arbeit bewahren wird, indem ſie ihn über den Weg, welchen er zu gehen hat, genau unterrichtet. Wenn auch erwartet werden darf, daß die früher häufig beobachtete gänzliche Rathloſigkeit der Kandidaten bei wiſſenſchaftlichen Arbeiten nach der Neubelebung der ſeminariſtiſchen Uebungen auf den Univerſitäten ſeltener werden wird, ſo wird doch die **Striemer**'ſche Schrift auch in Zukunft noch manchem Kandidaten bei der Bearbeitung der Examenarbeit nützlich ſein“.

Pandekten

von

Heinrich Dernburg,
ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin.

Dritter Band.

Familien- und Erbrecht.

Dritte, verbesserte Auflage.

Berlin 1892.
Verlag von H. W. Müller.

Das Recht der Ueberſetzung wird vorbehalten.

Inhaltsübersicht.

Viertes Buch. Das Familienrecht.

Erster Abschnitt. Allgemeine Begriffe.

		Seite
§ 1.	Die Familie und das Familienrecht	1
§ 2.	Kognation und Agnation	3
§ 3.	Unterscheidungen unter den Verwandten	4
§ 4.	Die Verschwägerung	5

Zweiter Abschnitt. Das Eherecht.

Erstes Kapitel. Das Wesen der Ehe.

§ 5.	Begriff der Ehe. Staat und Kirche	7
§ 6.	Die persönliche Stellung der Ehegatten	8

Zweites Kapitel. Eingehung und Auflösung der Ehe.

§ 7.	Verlöbniß	10
§ 8.	Die Form der Eheschließung	13
§ 9.	Die sachlichen Erfordernisse der Eheschließung	14
§ 10.	Aufhebung der Ehe	17

Drittes Kapitel. Das eheliche Güterrecht.

I. Das Allgemeine.

§ 11.	Das System der Gütertrennung	19
§ 12.	Paraphernen. Mucianische Präsumtion	20

II. Die dos.

§ 13.	1. Begriff und Wesen	21
§ 14.	2. Die Geschichte des römischen Dotalrechtes	23

Seite

3. Die Begründung des Dotalverhältnisses.

§ 15. a. Die gesetzliche Dotationspflicht 26
§ 16. b. Die Dosbestellung 28
§ 17. c. Die Dotalverträge 32

4. Die Rechtsverhältnisse während der Ehe.

§ 18. a. Die Rechte des Ehemannes 33
§ 19. b. Die Rechte der Ehefrau 36

5. Die Dotalverhältnisse nach Auflösung der Ehe.

§ 20. a. Die Rückforderungsklagen im Allgemeinen 37
§ 21. b. Rückforderungsberechtigte 39
§ 22. c. Gegenstand der Dotalklage 40
§ 23. d. Beweis bei der Dotalklage 44

III. Schenkungen unter Ehegatten. Propter nuptias donatio.

§ 24. Die Schenkungen unter Ehegatten 45
§ 25. Die propter nuptias donatio 47

IV. Ehescheidungsstrafen. Nachtheile der Wiederverheirathung.

§ 26. Ehescheidungsstrafen 49
§ 27. Nachtheile der Wiederverheirathung 51

Dritter Abschnitt. Die väterliche Gewalt und das Elternrecht.

Erstes Kapitel. Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.

§ 28. Eheliche Abstammung 53
§ 29. Legitimation 56
§ 30. Die Adoption 57
§ 31. Beendigung der väterlichen Gewalt 60

Zweites Kapitel. Das Vermögensrecht der Hauskinder.

§ 32. Geschichte des Rechtes des Hausvaters 62
§ 33. Die Ausbildung des unfreien Kindervermögens 64
§ 34. Das unfreie Kindesgut im Einzelnen 65
§ 35. Das freie Kindesvermögen 67

Drittes Kapitel. Rechte und Pflichten der Eltern.

§ 36. Rechte bezüglich der Person des Kindes 69
§ 37. Gegenseitige Alimentationspflicht von Ascendenten und Descendenten . 70
§ 38. Alimentationsansprüche unehelicher Kinder gegen ihren Erzeuger . . . 72

Vierter Abschnitt. Das Vormundschaftsrecht.

Erstes Kapitel. Die Grundbegriffe.

§ 39. Die Entwickelung des römischen Vormundschaftsrechtes 73
§ 40. Gemeines Recht. Die Reichspolizeiordnungen 76

Seite

§ 41. Die Gründe der Bevormundung 77
§ 42. Die Vormünder 78
§ 43. Die Obervormundschaft 79

Zweites Kapitel. Die Begründung und Beendigung der Vormundschaft.

§ 44. Berufungsgründe, Bestellung 80
§ 45. Fähigkeit zur Vormundschaft 82
§ 46. Ablehnung der Vormundschaft 83
§ 47. Beendigung der Vormundschaft 84

Drittes Kapitel. Rechtswirkungen der Vormundschaft.

§ 48. Sorge für die Person des Mündels 85
§ 49. Die Vermögensverwaltung 86
§ 50. Veräußerungsverbot 87
§ 51. Kontrolmaßregeln 88
§ 52. Die Vormundschaftsklagen 89
§ 53. Vom Protutor 91

Fünftes Buch. Das Erbrecht.

Erster Abschnitt. Die allgemeinen Lehren.

I. Das Wesen des Erbrechtes.

§ 54. Würdigung des Erbrechtes 93
§ 55. Der Erbe und der Vermächtnißnehmer 94

II. Voraussetzungen der Erbfolge.

§ 56. Der Erblasser 97
§ 57. Gründe der Erbfolge 97
§ 58. Der Erwerb der Erbschaft 101
§ 59. Die Erbfähigkeit 102
§ 60. Indignität 104
§ 61. Die ruhende Erbschaft 107

III. Zur Geschichte des Erbrechtes.

§ 62. Hereditas und bonorum possessio 110
§ 63. Entwickelung der bonorum possessio 114
§ 64. Legate und Fideikommisse 115
§ 65. Fideikommissarische Erbschaften 118

Zweiter Abschnitt. Die einseitigen letztwilligen Verfügungen.

Erstes Kapitel. Begriff und allgemeine Grundsätze.

§ 66. Das Testament und das Kodicill 120
§ 67. Testirrecht und Testirfähigkeit 123

Seite

Zweites Kapitel. Die Formen der letztwilligen Verfügungen.

I. Einleitung.

§ 68. Form und Formlosigkeit 126
§ 69. Zur Geschichte der Testamentsformen 127

II. Die ordentlichen Testamentsformen des justinianischen Rechtes.

§ 70. 1. Das ordentliche Privattestament 130
§ 71. 2. Die öffentlichen Testamente 134

III. Besondere Arten der Testamente.

§ 72. Außerordentliche Formen 135
§ 73. Das Militärtestament 137

IV. Erleichterte Form für Vermächtnisse.

§ 74. Die Kodicillarform 140
§ 75. Das Oralfideikommiß 141

Drittes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze von letztwilligen Verfügungen.

I. Der letzte Wille und seine Erklärung.

§ 76. Bestimmtheit des Willens 142
§ 77. Die Willenserklärung 145
§ 78. Die Interpretation der Testamente 147

II. Fehlerhafte Verfügungen.

§ 79. Wesentlicher Irrthum 150
§ 80. Unlautere Behinderung. Zwang 151
§ 81. Maßnahmen gegen Erbschleicherei 153

III. Nebenbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen.

§ 82. Allgemeines. Die aufschiebende Bedingung 154
§ 83. Favorable Behandlung der Bedingungen letztwilliger Verfügungen . . 155
§ 84. Der Modus bei letztwilligen Verfügungen 157

Viertes Kapitel. Die Erbeseinsetzung.

I. Die Erbeseinsetzung im Allgemeinen.

§ 85. Die Erfordernisse der Erbeseinsetzung 159
§ 86. Ernennung von Miterben 160
§ 87. Erbeseinsetzung auf Einzelobjekte 163

II. Substitutionen.

§ 88. 1. Vulgarsubstitution 167
§ 89. 2. Die Pupillarsubstitution 169
§ 90. 3. Die Quasipupillarsubstitution 173

Seite

III. Das Anwachsungsrecht.

§ 91. Das Allgemeine des Anwachsungsrechtes 174
§ 92. Die Akkrescenz unter testamentarischen Miterben 177

Fünftes Kapitel. Ungültigkeit der Testamente.

§ 93. 1. Nichtigkeit und Vernichtung der Testamente im Allgemeinen . . 178
§ 94. 2. Widerruf der Testamente 180
§ 95. 3. Die Kodicillarklausel 182
§ 96. 4. Urtheil und Vergleich über die Rechtsbeständigkeit des Testamentes 184
§ 97. 5. Korrespektive Testamente 186

Sechstes Kapitel. Die Vermächtnisse und die Schenkungen auf den Todesfall.

I. Die Vermächtnisse im Allgemeinen.

A. Das Wesen und die Wirkungen.

§ 98. Begriff der Vermächtnisse 189
§ 99. Die Rechte aus dem Vermächtnisse 192
§ 100. Zwecke der Vermächtnisse. Gunst und Ungunst 195
§ 101. Die Falcidische Quart 197

B. Errichtung der Vermächtnisse.

§ 102. 1. Der Errichtungsakt 203
§ 103. 2. Die Subjekte der Vermächtnisse 204
§ 104. 3. Gegenstand der Vermächtnisse. Regula Catoniana 206

C. Aufhebung der Vermächtnisse.

§ 105. 1. Die Entkräftung von Testament oder Kodicill 208
§ 106. 2. Besondere Gründe der Aufhebung der Vermächtnisse 210

D. Vermächtnißerwerb.

§ 107. 1. Anfangszeit des Vermächtnisses und Vollzug des Erwerbes . . . 213
§ 108. 2. Das Recht der Repudiation des Vermächtnisses 215

II. Die einzelnen Arten der Vermächtnisse.

A. Nach der Verschiedenheit des Gegenstandes.

§ 109. 1. Vermächtnisse individuell bezeichneter Sachen und von Gesammtheiten 216
§ 110. 2. Indeterminirte Vermächtnisse 218
§ 111. 3. Vermächtnisse auf Lebenszeit 221
§ 112. 4. Forderungen als Gegenstand von Vermächtnissen 223

B. Akkrescenz und Substitution bei Vermächtnissen.

§ 113. Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen 227
§ 114. Die Substitutionen bei Vermächtnissen 230

Seite

C. Das Prälegat.

§ 115. Begriff und Wirkungen des Prälegats 231
§ 116. Die Anordnung eines Prälegats 233

III. Beschränkungen auf den Todesfall.

§ 117. Begriff und Arten der Beschränkungen auf den Todesfall 235
§ 118. Unterordnung der Beschränkungen auf den Todesfall unter die Theorie der Bedingungen 237

Siebentes Kapitel. Das Universalfideikommiß.

§ 119. Die Errichtung des Universal-Fideikommisses 239
§ 120. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution 242
§ 121. Der Eintritt des Universal-Fideikommisses in die Erbschaft . . 244
§ 122. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution 246
§ 123. Das Fideikommiß auf den Todesfall 249

Achtes Kapitel. Die Testamentsexekutoren.

§ 124. Geschichte und Begriff der Testamentsexekutoren 250
§ 125. Die Rechtsstellung der Testamentsexekutoren im Einzelnen 252

Dritter Abschnitt. Die Erbverträge.

§ 126. Einleitung. Die Erbverträge im engeren Sinne 254
§ 127. Erbverträge, Verträge über den Nachlaß eines Lebenden 257

Vierter Abschnitt. Die Intestaterbfolge.

§ 128. Die Berufung zur Intestaterbfolge im Allgemeinen 259

Erstes Kapitel. Das vorjustinianische Intestaterbrecht.

§ 129. Das altcivile Intestaterbrecht 260
§ 130. Die Modifikationen des civilen Intestaterbrechtes bis Justinian . . 263

Zweites Kapitel. Das justinianische Intestaterbrecht.

§ 131. Die leitenden Gedanken Justinians 266

A. Ordentliches Erbrecht der Verwandten.

§ 132. Die Ordnung der Verwandten 267
§ 133. Die successive Berufung 269
§ 134. Akkrescenzrecht unter den Intestaterben 271
§ 135. Verwandtschaftsbegriff der Novelle 272
§ 136. B. Ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten 275
§ 137. C. Außerordentliche Erbrechte 275
§ 138. D. Das Recht des Fiskus und juristischer Personen auf vakante Erbschaften 277

Seite

Drittes Kapitel. Die Kollation.

§ 139. Die Grundgedanken der Kollation 279
§ 140. Die ältere Kollation 280
§ 141. Die neuere Kollation 282

Fünfter Abschnitt. Das Notherbenrecht.

§ 142. Einleitung. Begriff des Notherbenrechtes 286

Erstes Kapitel. Das alte formelle Notherbenrecht.

§ 143. Institution oder Exheredation der sui 288
§ 144. Die bonorum possessio contra tabulas testamenti 291
§ 145. Absterben des alten formellen Notherbenrechtes 293

Zweites Kapitel. Das Pflichttheilsrecht und die Novelle 115.

I. Die geschichtliche Entwickelung des Pflichttheilsrechtes.

§ 146. Der Pflichttheil im Allgemeinen 294
§ 147. Die querella inofficiosi testamenti 295
§ 148. Die Weiterentwickelung des Pflichttheilsrechtes 299

II. Der Pflichttheil und das Recht auf Erbeinsetzung im gemeinen Rechte.

§ 149. 1. Pflichttheilsberechtigte Personen 300
§ 150. 2. Der Betrag des Pflichttheiles 301
§ 151. 3. Die Formen der Zuwendung des Pflichttheiles 303
§ 152. 4. Pflicht der Erbeseinsetzung von Descendenten und Ascendenten . 305
§ 153. 5. Die Enterbungsgründe 306
§ 154. 6. Die Querel nach der Novelle 115 308
§ 155. 7. Partielle Verletzung des Pflichttheiles 310
§ 156. 8. Das Pflichttheilsrecht und die Geschäfte unter Lebenden 311

Sechster Abschnitt. Der Eintritt des Erbfalles.

Erstes Kapitel. Schutzmaßregeln zu Gunsten der Erbinteressenten.

§ 157. Eröffnung des Testamentes, Einsichtnahme desselben 313
§ 158. Fürsorge des Gerichtes für den Nachlaß und den Erben 315
§ 159. Gerichtliche Einweisung. Possessorische Erbschaftsklagen 316

Zweites Kapitel. Der Erwerb der Erbschaft.

§ 160. Uebersicht. Geschichtliches 320

A. Erwerb durch fremde Erben.

§ 161. Voraussetzungen und Form des Antrittes und der Ablehnung . . . 321
§ 162. Fortsetzung. Mehrfache Berufung desselben Erben 324
§ 163. B. Der Erwerb durch die Hauskinder 326
§ 164. Ueberlegungsfrist 328

Seite

C. Das Prälegat.

§ 115. Begriff und Wirkungen des Prälegates 231
§ 116. Die Akkrescenz beim Prälegat 233

III. Schenkungen auf den Todesfall.

§ 117. Begriff und Arten der Schenkungen auf den Todesfall 235
§ 118. Unterordnung der Schenkungen auf den Todesfall unter die Theorie der Vermächtnisse 237

Siebentes Kapitel. Das Universalfideikommiß.

§ 119. Die Anordnung des Universalfideikommisses 239
§ 120. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution 242
§ 121. Der Eintritt des Universalfideikommissars in die Erbenstellung . . 244
§ 122. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution 246
§ 123. Das Fideikommiß auf den Ueberrest 249

Achtes Kapitel. Die Testamentsexekutoren.

§ 124. Geschichte und Wesen der Testamentsexekution 250
§ 125. Die Rechtssätze der Testamentsexekution im Einzelnen 252

Dritter Abschnitt. Die Erbverträge.

§ 126. Einleitung. Die Erbverträge im engeren Sinne 254
§ 127. Erbverzichte, Verträge über den Nachlaß eines Lebenden 257

Vierter Abschnitt. Die Intestaterbfolge.

§ 128. Die Berufung zur Intestaterbfolge im Allgemeinen 259

Erstes Kapitel. Das vorjustinianische Intestaterbrecht.

§ 129. Das altcivile Intestaterbrecht 260
§ 130. Die Modifikationen des civilen Intestaterbrechtes bis Justinian . . 263

Zweites Kapitel. Das justinianische Intestaterbrecht.

§ 131. Die leitenden Gedanken Justinians 266

A. Ordentliches Erbrecht der Verwandten.

§ 132. Die Ordnung der Verwandten 267
§ 133. Die successive Berufung 269
§ 134. Akkrescenzrecht unter den Intestaterben 271
§ 135. Verwandtschaftsbegriff der Novelle 272
§ 136. B. Ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten 275
§ 137. C. Außerordentliche Erbrechte 275
§ 138. D. Das Recht des Fiskus und juristischer Personen auf vakante Erbschaften 277

Seite

Drittes Kapitel. Die Kollation.

§ 139. Die Grundgedanken der Kollation 279
§ 140. Die ältere Kollation 280
§ 141. Die neuere Kollation 282

Fünfter Abschnitt. Das Notherbenrecht.

§ 142. Einleitung. Begriff des Notherbenrechtes 286

Erstes Kapitel. Das alte formelle Notherbenrecht.

§ 143. Institution oder Exheredation der sui 288
§ 144. Die bonorum possessio contra tabulas testamenti 291
§ 145. Absterben des alten formellen Notherbenrechtes 293

Zweites Kapitel. Das Pflichttheilsrecht und die Novelle 115.

I. Die geschichtliche Entwickelung des Pflichttheilsrechtes.

§ 146. Der Pflichttheil im Allgemeinen 294
§ 147. Die querella inofficiosi testamenti 295
§ 148. Die Weiterentwickelung des Pflichttheilsrechtes 299

II. Der Pflichttheil und das Recht auf Erbeinsetzung im gemeinen Rechte.

§ 149. 1. Pflichttheilsberechtigte Personen 300
§ 150. 2. Der Betrag des Pflichttheiles 301
§ 151. 3. Die Formen der Zuwendung des Pflichttheiles 303
§ 152. 4. Pflicht der Erbeseinsetzung von Descendenten und Ascendenten . 305
§ 153. 5. Die Enterbungsgründe 306
§ 154. 6. Die Querel nach der Novelle 115 308
§ 155. 7. Partielle Verletzung des Pflichttheiles 310
§ 156. 8. Das Pflichttheilsrecht und die Geschäfte unter Lebenden 311

Sechster Abschnitt. Der Eintritt des Erbfalles.

Erstes Kapitel. Schutzmaßregeln zu Gunsten der Erbinteressenten.

§ 157. Eröffnung des Testamentes, Einsichtnahme desselben 313
§ 158. Fürsorge des Gerichtes für den Nachlaß und den Erben 315
§ 159. Gerichtliche Einweisung. Possessorische Erbschaftsklagen 316

Zweites Kapitel. Der Erwerb der Erbschaft.

§ 160. Uebersicht. Geschichtliches 320

A. Erwerb durch fremde Erben.

§ 161. Voraussetzungen und Form des Antrittes und der Ablehnung . . . 321
§ 162. Fortsetzung. Mehrfache Berufung desselben Erben 324
§ 163. B. Der Erwerb durch die Hauskinder 326
§ 164. Ueberlegungsfrist 328

Seite

Drittes Kapitel. Die Uebertragung der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

I. Transmission.

§ 165. Der Begriff der Transmission 331
§ 166. Die einzelnen Transmissionsfälle 332

II. Die Veräußerung des Rechtes aus der Berufung und der Erbschaft.

§ 167. Abtretung des Rechtes aus der Berufung 336
§ 168. Die Veräußerung der Erbschaft 337

Viertes Kapitel. Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

I. Die Repräsentation des Erblassers durch den Erben.

§ 169. Die Rechtsstellung des Erben im Allgemeinen 339
§ 170. Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger 340
§ 171. Die Rechtswohlthat des Inventars 343

II. Die Klagen des Erben.

§ 172. Die Erbschaftsklage 346
§ 173. Fortsetzung. Der Beweis bei der Erbschaftsklage 351
§ 174. Singularklagen des Erben und gegen den Erben 353

III. Die Rechtsverhältnisse der Miterben.

§ 175. Die Rechte der Miterben im Allgemeinen 355
§ 176. Die Auseinandersetzung unter den Miterben 356

Register der Parömien XI
Sachregister 360

Regiſter der Parömien.

Die Zahlen vor der Klammer verweiſen auf die Seiten, die eingeklammerten Ziffern auf die Paragraphen; a = Anmerkung.

Exheredatus partem facit ad minuendam legitimam 303 (150).
Falsa causa non nocet 150 (79).
Falsa demonstratio non nocet 146 (77).
Hereditas viventis non datur 97 (56).
Heres facta defuncti praestare debet 340 a 4 (169).
In legitimis hereditatibus successio non est 113 (62), 262 (129).
Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest 98 (57), 111 (62), 138 (73).
Nomina sunt ipso jure divisa 355 a 4 (175).
Portio portioni accrescit 96 a 9 (55), 230 (113), 176 (91).
Positus in condicione non est positus in dispositione 145 (77).
Pretium succedit in locum rei 350 (172).
Semel heres, semper heres 102 (58), 118 (65), 138 (73), 154 (82), 170 (89), 239 (119).
Substitutus substituto est substitutus instituto 169 (88), 173 a 17 (89).
Tot gradus quot generationes 5 (3).

Berichtigungen und Nachträge.

a) Zum ersten Bande.

S. 37 Anm. 4 ist in einer Anzahl von Exemplaren das Geburtsjahr Savignys irrthümlich mit 1879 statt 1779 angegeben.

S. 190 Anm. 4 füge hinzu: Meißels in Grünhuts Zeitschrift Bd. 16 S. 665.

S. 231 Anm. 8 füge hinzu: Scheurl, Was ist Mentalreservation? im Archiv für civ. Praxis Bd. 78 n. 10.

S. 268 Anm. 1 füge hinzu: Pernice, Labeo Bd. 3 S. 1 ff.

S. 270 Anm. 16 füge hinzu: Windscheid, die Voraussetzung im Archiv für civ. Praxis Bd. 78 n. 6 und die vortreffliche Abhandlung von Lenel, „nochmals die Lehre von der Voraussetzung" ebendaselbst Bd. 79 n. 2.

S. 321 Anm. 10 füge hinzu: H. Krüger, Beitr. zur exc. doli 1891 1. Heft.

S. 360 Anm. 1. Es ist vorzugsweise zu vergleichen: Wlassak, römische Prozeßgesetze 2 Abtheilungen 1888 ff.

S. 409 Anm. 2 füge hinzu: vgl. Hirsch, die Principien des Sachbesitzerwerbs 1892.

S. 449 Anm. 1. Kley, d. Wesen d. gutgl. Besitzes, Göttinger Inauguraldiss. 1891.

S. 526 Anm. 7. Pflüger, Verhältniß von rei vindicatio und Publiciana im Archiv für civ. Praxis Bd. 78 n. 8.

b) Zum zweiten Bande.

S. 22 Anm. 6 vgl. Adler, Realkontrakt und Vorvertrag in Iherings Jahrb. Bd. 31 n. 4.

S. 41 Anm. 16 vgl. Lenel, zur f. g. a. de in verso utilis im Archiv für civ. Praxis Bd. 78 n. 11.

S. 105 Anm. 1 füge hinzu: Baron, höhere Gewalt im Archiv für civ. Praxis Bd. 78 n. 7. Holländer, vis major 1892.

S. 245 Anm. 1. Zur Geschichte des Depositums vgl. Niemeyer in d. Savigny-zeitschrift Bd. 12 n. 13.

S. 362 Anm. 1 füge hinzu: Bolze, z. L. v. d. Kondiktionen im Archiv für civ. Praxis Bd. 78 n. 14.

Viertes Buch.

Das Familienrecht.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Begriffe.

§ 1. Die Familie und das Familienrecht.

Herkömmlicherweise vereinigt man unter dem gemeinsamen Titel des Familienrechtes das Recht der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft.

Die Vormundschaft ist zwar im heutigen Rechte kein familienrechtliches Verhältniß mehr, aber sie ist den Familienrechten analog. Es war daher wenig glücklich, daß sie Puchta aus dem Kreise auswies und in das Obligationenrecht stellte, wohin sie nicht paßt.[1] Die Zusammengehörigkeit von Ehe, väterlicher Gewalt und Vormundschaft ist evident. Vor Allem sind die historischen Ausgangspunkte gleichartige. Aber auch innerlich sind die Institute eng verwandt. Denn allen gemeinsam ist ihnen, daß eine persönliche Abhängigkeit existirt, die sich ebensosehr von einer sachenrechtlichen Unterwerfung als von der bestimmt bemessenen, nie die ganze Person erfassenden obligatorischen Verpflichtung unterscheidet.[2]

Die Familienrechte haben zwei Seiten. Sie sind reine Familienrechte, soweit sie eine persönliche Abhängigkeit begründen, oder

1) Puchta, Pand. § 331; Windscheid Bd. 2 § 432 Anm. 4 bringt die Vormundschaft theilweise im Obligationenrechte und theilweise im Familienrechte unter. Damit wird die Sache nicht verbessert.

2) Ueber die juristische Konstruktion der Familienrechte vgl. Bekker, Pandekten Bd. 1 S. 77.

Familiengüterrechte, d. h. durch das Familienrecht bedingte Vermögensrechte. Das persönliche Familienrecht ist das grundlegende, da es das Familiengüterrecht durchweg beeinflußt.

Der äußere Mittelpunkt der Familie ist das Haus, welches den Hausvater, seine Frau und seine Kinder umschließt. Das Wort familia bedeutete denn auch ursprünglich in Rom nichts Anderes als Hauswesen, d. h. den Hausvater und die Sachen und Personen, welche ihm unterstehen.[3]

In weiterer Bedeutung ist die römische Familie der Kreis der Agnaten, d. h. der Personen, die in einer Hausgewalt stünden, wenn der gemeinsame Ahne nicht verstorben wäre. Schon in Rom verstand man endlich unter Familienmitgliedern auch bloße Blutsverwandte.

Die älteste Organisation der römischen Familie im engeren Sinne war eine patriarchalisch-autokratische. Der Hausvater hatte über seine Ehefrau in manu und über seine Kinder in der potestas eine Herrengewalt, welche einem Eigenthumsrechte außerordentlich ähnlich war. Der Fortschritt in der Geschichte bestand nun darin, an die Stelle dieser autokratischen Herrengewalt gegenseitige persönliche Abhängigkeitsverhältnisse zu setzen, so daß aber immer der Hausvater die führende Stellung behielt.

Dabei war in Rom die Entwickelung eine andere bezüglich der Ehefrau als hinsichtlich der Hauskinder.

a) Das spätere Recht hat mit der Ehe cum manu, bei welcher die Frau in der Gewalt ihres Ehemannes stand, völlig gebrochen. Dieses Institut kommt im justinianischen Rechte nicht mehr vor.

Die Ehegatten sind vielmehr grundsätzlich gleichberechtigt. Immerhin ist die Autorität des Mannes überwiegend.

In Deutschland ist die führende Stellung des Ehemannes in einigen Partikularrechten zu einer Art von Vormundschaft (mundium) verstärkt.

b) Bezüglich der Hauskinder erhielt sich auch im jüngsten römischen Rechte die civile potestas des Hausvaters. Sie wurde jedoch erheblich abgeschwächt.

Viel weiter ging in der Minderung der Gewalt das gemeine Recht.

---

3) Mannigfache Bedeutungen des Wortes „familia“ führt an Ulpianus libro 46 ad edictum l. 195 §§ 1 ff. D. de V. S. 50, 16; vgl. Bekker, Pand. Bd. 1 S. 77.

§ 2. Kognation und Agnation.

Für die Geschichte des römischen Rechtes ist von größter Bedeutung die Unterscheidung der *civilen Verwandtschaft* — der *Agnation* — und der *natürlichen Verwandtschaft* — der *Kognation*.

1. Agnaten sind im Allgemeinen die durch *den Mannesstamm Verwandten*.[1] Nach dem besonderen römischen Begriff trat man aber durch capitis deminutio aus der Agnatenfamilie. Dies bezog sich auch auf die nachher erzeugten Nachkommen des Minuirten.

Andererseits zählte zu den Agnaten, auch wer nicht Blutsverwandter, aber durch *Adoption* in die *väterliche Gewalt* eines Agnaten und damit in die *Agnatenfamilie* eingetreten war.

2. *Kognaten* oder Blutsverwandte sind die *von einander* oder *von einem gemeinsamen Dritten Abstammenden*.[2]

Blutsverwandt sind die ehelichen Kinder mit ihrem Vater und ihrer Mutter und mit deren Verwandten. Die unehelichen Kinder gelten nur als verwandt mit der Mutter und mit deren Verwandten, nicht aber mit dem Erzeuger und mit dessen Verwandten.[3 4]

Das älteste römische Recht beachtete einzig die Agnation, also die Verwandtschaft durch den Mannesstamm. Auf der Agnation beruhte namentlich ausschließlich die gesetzliche Erbfolge.

Darin lag ein wichtiges wirthschaftliches und politisches Princip. Die Vermögen blieben in der Familie desselben Namens, sie gelangten nicht an die durch die Weiber Verwandten.

---

1) Die maßgebende Definition der Agnation stammt von Gaj. Inst. III § 10: Vocantur autem agnati qui legitima cognatione juncti sunt: legitima autem cognatio est ea, quae per virilis sexus personas conjungitur: itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui etiam consanguinei vocantur, nec requiritur an etiam matrem eandem habuerint, item patruus fratris filio et invicem is illi agnatus est. Diese Definition geben wieder § 1 J. de legitima adgn. tut. 3, 2 und andere Stellen des corpus juris. Der Grundbegriff der Agnation ist im deutschen Rechte derselbe wie im römischen. Nur zählen nach römischem Rechte auch die Frauen, welche durch den Mannesstamm verwandt sind, zu den Agnaten. Dies ist dem deutschen Rechte fremd. Die capitis deminutio hat selbstverständlich für den deutschrechtlichen Agnationsbegriff keine Bedeutung. Endlich tritt man in Deutschland durch Adoption nicht in die Agnatenfamilie des Adoptivvaters ein, vgl. unten § 30.

2) l. 1 § 1 D. unde cognati 38, 8. Ulpianus libro 46 ad edictum: Cognati autem appellati sunt quasi ex uno nati aut, ut Labeo ait, quasi commune nascendi initium habuerint.

3) l. 2, l. 8 D. unde cognati 38, 8.

4) Als Blutsverwandte — cognati — galten übrigens auch die in die *Agnatenfamilie* eingetretenen Nichtverwandten. Denn man stellte das Axiom auf, daß der Agnat nothwendig auch als Kognat anzusehen sei, l. 1 § 4 D. unde cognati 38, 8. Mit dem Austritte aus dem Agnatenverbande hörte die durch die Adoption begründete Kognation auf, l. 3 D. eod.

Es war dies eine streng aristokratische Ordnung, welche die Erhaltung der Güter in den Familien sicherte.

Das klassische römische Recht berücksichtigte auch die Kognation, und schließlich kam der humane, antiaristokratische Gedanke zur ausschließlichen Geltung, daß sich im Rechte und namentlich bezüglich der gesetzlichen Erbfolge alle Blutsverwandte gleichstehen, so daß die Agnation kein Vorrecht giebt.[5]

§ 8. Unterscheidungen unter den Verwandten.

Natürlicherweise ergeben sich zwei Hauptgruppen:[1]

1. *Verwandte in gerader Linie* sind der Erzeuger und seine unmittelbaren und mittelbaren Nachkommen. Nach dem Bilde eines Stammbaumes spricht man von Ascendenten und Descendenten, indem man vom Ahnherrn zu den Nachkommen heruntersteigt.

Die Römer nennen die Ascendenten parentes und die Descendenten liberi, ohne Unterschied, ob die letzteren *mittelbare* oder *unmittelbare Abkömmlinge* sind.[2] Der deutsche Sprachgebrauch ist geneigt, als Eltern und Kinder nur die unmittelbaren Erzeuger und Nachkommen zu bezeichnen. Zwar kommt auch vor, daß man unter Kindern entferntere Descendenten und unter Eltern entferntere Ascendenten versteht. Diese Auslegung ist aber nur am Platz, wenn sie durch besondere Umstände unterstützt wird.

2. *Seitenverwandte* sind die von einem gemeinsamen Dritten Abstammenden. Die nächsten sind die Geschwister. *Geschwister*, welche *beide* Eltern gemeinsam haben, nennt man *vollbürtige* — germani — diejenigen, welche nur *einen Parens* gemeinsam haben, *halbbürtige*.

Geschwister mit einem gemeinsamen Vater heißen consanguinei, mögen sie von derselben Mutter oder von verschiedenen Müttern geboren sein; solche, die *nur die Mutter gemeinsam haben*, sind uterini.

Agnat ist man stets nur in *einer* Agnatenfamilie; Kognat kann man in verschiedenen Kognatenfamilien sein. Der Agnat unseres Agnaten

---

5) Gemeinrechtlich gilt dies absolut. Doch schrieb Buchholtz, jur. Abh. 1833 8 Abh. „Ueber die noch jetzt geltenden Unterschiede zwischen Agnaten und Kognaten."

1) l. 1 § 1 D. de gradibus 38, 10.

2) l. 220 de D. de V. S. 50, 16. Callistratus libro 2 quaestionum „Liberorum" appellatione nepotes et pronepotes ceterique qui ex his descendunt, continentur. l. 51 D. eod.

ist auch unser Agnat, der Kognat unseres Kognaten muß keineswegs nothwendig zugleich unser Kognat sein.[3]

Die Nähe der Verwandtschaft wird nach Graden gemessen. Die römische und die kanonische Berechnung — computatio — ist dabei verschieden.

a) Die römische geht nach dem Satze: „so viel Grade als dazwischen liegende Zeugungen".[4] Hiernach sind, was die gerade Linie anlangt, die unmittelbaren Eltern mit ihren Kindern im ersten, die Enkel mit den Großeltern im zweiten, die Urenkel mit den Urgroßeltern im dritten Grade verwandt, und was die Seitenlinie betrifft, die Geschwister mit einander im zweiten, Oheim und Tante mit Neffe und Nichte im dritten, Geschwisterkinder mit einander im vierten Grade verwandt.

b) Die kanonische Komputation[5] weicht in der geraden Linie nicht von der römischen ab, wohl aber in der Seitenlinie. Denn sie zählt nur bis zum gemeinsamen Stammvater hinauf, nicht wie die römische durch den gemeinsamen Stammvater hindurch. Geschwister also sind kanonisch im ersten Grade verwandt. Sind die Seiten ungleich, so bestimmt die längere den Verwandtschaftsgrad. Nach kanonischem Rechte sind daher Oheim und Neffe im zweiten Grade mit einander verwandt, nicht anders als Geschwisterkinder.

Die römische Komputation ist die gemeinrechtliche. Sie liegt auch der Reichsgesetzgebung zu Grunde.

§ 4. Die Verschwägerung.[1]

Der gemeine Sprachgebrauch versteht unter Verwandten auch Verschwägerte — adfines. Die Rechtsstellung der Verschwägerten ist aber von derjenigen wahrer Verwandter — Blutsverwandter — verschieden.

Insbesondere steht den Verschwägerten nicht wie den Blutsverwandten ein gesetzliches Erbrecht zu. Die Verschwägerung hat vorzugsweise Bedeutung als Ehehinderniß, ferner hinsichtlich des Rechtes als Richter oder als Zeuge in den Rechtssachen des Verschwägerten thätig zu sein.

---

3) Bekker, Pandekten Bd. 1 S. 193.

4) §§ 1 ff. J. de gradibus cognationis 3, 6.

5) Vgl. die bei Glück Bd. 23 S. 176 angeführten Stellen. Die kanonische Berechnung beruht auf germanischen Auffassungen.

1) Glück Bd. 23 S. 211; Bekker, Pandekten Bd. 1 S. 194.

Verschwägert sind dem Gatten die Blutsverwandten seines Ehegatten.[2] Die beiderseitigen Verwandten von Ehegatten sind nicht mit einander verschwägert.

Die Beziehung des Ehegatten zu den Descendenten seines Ehegatten von einem anderen Gatten bezeichnet der deutsche Sprachgebrauch besonders als Stiefverwandtschaft. Sie unterscheidet sich aber von anderen Arten der Verschwägerung im Rechtssinne nicht.

Verschwägerung entsteht durch den Abschluß einer rechtsgültigen Ehe.[3] Nach kanonischem Rechte wurde sie durch Konkumbenz begründet, ohne Unterschied, ob die Konkumbenten Ehegatten waren oder nicht.[4] Dies ist aber nicht gemeinrechtlich.[5]

Die Schwägerschaft endigt nach römischem Rechte mit der Auflösung der sie begründenden Ehe.[6] Nach deutscher Auffassung ist dies nicht anzunehmen.[7] Dagegen entsteht keine Verschwägerung des geschiedenen Ehegatten mit den nach der Ehescheidung erzeugten Blutsverwandten des anderen Theiles.[8]

---

2) l. 4 § 3 D. de gradibus et adfinibus 38, 10 . . . adfines sunt viri et uxoris cognati.

3) l. 4 § 8 D. h. t. 38, 10. Aus dem bloßen Verlöbniß entsteht noch keine Affinität, § 9 J. de nuptiis 1, 10. Das Verhältniß der Verlobten wird im weiteren Sinne als „adfinitas" bezeichnet l. 8 D. de condictione causa data 12, 4, l. 38 § 1 D. de usuris 22, 1. Uebrigens sah man sich in Rom veranlaßt, bezüglich der Ehehinderniſſe auch „serviles adfinitates" anzuerkennen, l. 14 § 3 D. de ritu nupitiarum 23, 2, ferner außereheliche Geschlechtsverbindungen, l. 4 C. de nuptiis 5, 4.

4) Vgl. die bei Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 168 Anm. 6 citirten Stellen. Die dort angeführte Glosse definirt „est affinitas personarum proximitas ex coitu proveniens".

5) Die Römer zählten keine Grade der Affinität, wohl aber geschah dies durch das kanonische Recht, so daß der Grad der Blutsverwandtschaft mit dem Ehegatten auch den Grad der Affinität mit dessen Gatten bestimmt.

6) l. 3 § 1 D. de postulando 3, 1. Ein Ehehinderniß bildete aber die ehemalige Affinität auch nachdem die Ehe, auf der sie beruhte, aufgelöst war, § 6 J. de nuptiis 1, 10.

7) Nach den Reichsgesetzen ist im Civilprozeß Schwägerschaft des Richters oder Gerichtsschreibers mit dem Gegner Grund zur Ablehnung der betreffenden Gerichtsperson und im Strafprozeß Verschwägerung mit dem Angeklagten Grund der Ausschließung als Richter, Schöffe, Gerichtsschreiber, Geschworener; ferner bildet sie einen Grund zur Verweigerung des Zeugnisses im Civil- und im Strafprozesse. Durchweg bestimmen die Reichsgesetze, daß ihre Vorschriften auch eintreten, „wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht". Hierin ist keineswegs eine Singularität zu sehen, sondern die Anerkennung eines Principes, welches derzeit allgemeine Geltung hat. Vgl. Entsch. des R.G. in Strafsachen Bd. 5 S. 200.

8) Das ältere kanonische Recht betrachtete außer der einfachen Affinität — primi gradus — als Ehehinderniß auch die affinitas secundi und tertii gradus, d. h. die Beziehung des Ehegatten zu den Affinen seines verstorbenen Ehegatten und weiter zu deren Affinen. Allein Innocenz der Dritte hob auf dem vierten Lateranischen Konzil das Ehehinderniß auf, cap. 8 X. de eo qui cognov. 4, 14. Schulte, Kirchenrecht § 168 Anm. 11.

Zweiter Abschnitt.

Das Eherecht.

Erstes Kapitel.

Das Wesen der Ehe.

§ 5. Begriff der Ehe. Staat und Kirche.

Ehe ist die rechtlich anerkannte vollkommene Lebensgemeinschaft eines Mannes und einer Frau.[1]

Der Ehe liegt das natürliche Verhältniß der Geschlechter und die Nothwendigkeit ihrer Vereinigung behufs der Erhaltung der Menschheit zu Grunde. Aber es wird zur Ehe erst durch das Recht. Eine Ehe entsteht nur, wenn deren rechtliche Voraussetzungen vorhanden und wenn die Formen, welche das Recht fordert, gewahrt sind. Nur dann treten die Rechtsfolgen einer Ehe ein, namentlich die bedeutendste, die Legitimität der durch die Verbindung erzeugten Kinder und der Eintritt dieser Kinder in die väterliche Gewalt ihres Erzeugers.

Die Ehe ist also ein Rechtsinstitut. Ja, sie ist das wichtigste aller privatrechtlichen Institute, da sie die Grundlage der Organisation der bürgerlichen Gesellschaft bildet.[2]

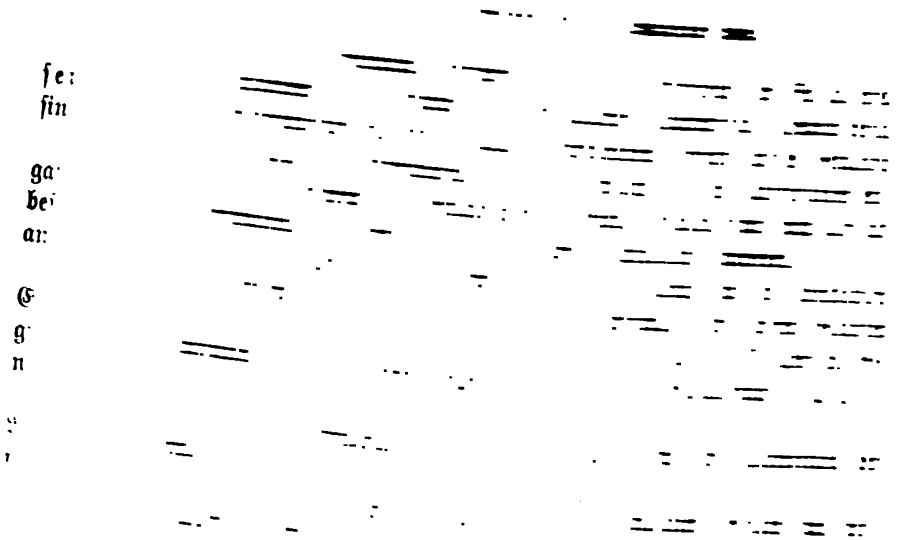
Im Mittelalter ordnete freilich der Staat, noch nicht gereift zum vollen Bewußtsein seiner Aufgaben, das persönliche Eherecht völlig den Satzungen der Kirche unter.

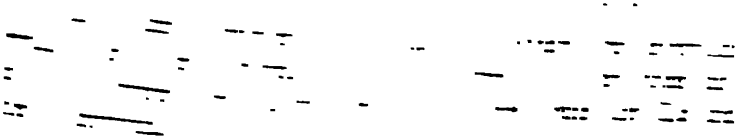
Die Ehe bildet nach katholischem Dogma ein Sakrament. Das kanonische Recht regelte daher die Eingehung und Auflösung der Ehe, behandelte die Ehesachen als geistliche Sachen und nahm die Gerichtsbarkeit über Ehesachen ausschließlich für die geistlichen Oberen in Anspruch.[3] Dies alles galt dem mittelalterlichen Staate unbedingt als maßgebend.

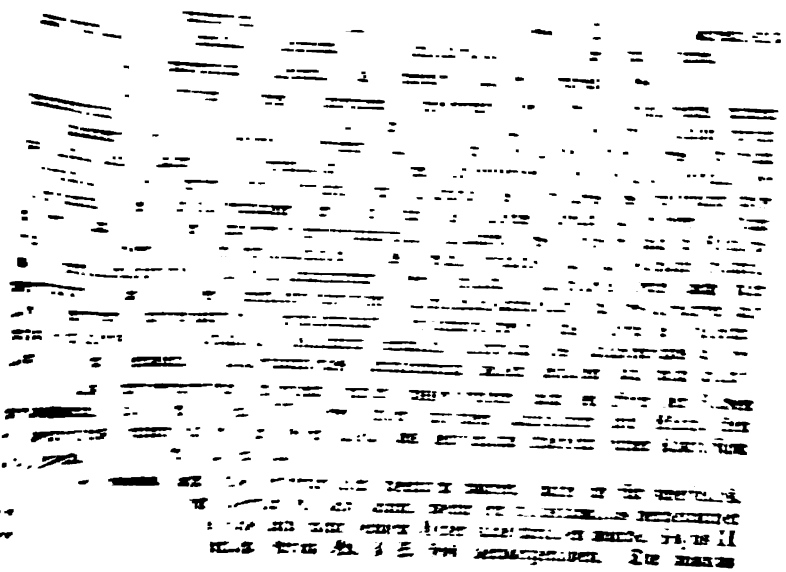
---

1) l. 1 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Modestinus libro 1 regularum: Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio. Das Eherecht der Römer, wie der Hellenen und hiernach der gesammten christlichen Völker beruht auf der Monogamie. Im Römerreich erhielt sich freilich trotz l. 2 C. de incestis nuptiis 5, 5 bei manchen Stämmen polygamische Sitte; Mitteis, Reichsrecht S. 221. Auch das Institut des „Probejahres" wich in Egypten nicht ganz dem römischen Ehebegriff. Mitteis a. a. O.

2) Savigny Bd. 1 S. 346 führt aus, „daß die juristische Seite des Wesens der Ehe gerade die geringere sei, indem die wichtigere einem ganz anderen Gebiete als dem des Rechtes angehöre". Dies wurde unendlich oft wiederholt. Mit Recht hat hiergegen Brinz Bd. 3 S. 664 Einspruch erhoben.







Das jüngste römische Recht hat mit der Manus völlig gebrochen. Hier giebt es keine eheherrliche Gewalt mehr. Es ist eine Verkennung des historischen Ganges des Dinge, wenn man dies neuerdings geleugnet und behauptet hat, daß auch bei der s. g. freien Ehe eine *Gewalt* des Ehemannes über die Frau, wenn auch schwächerer Art als bei der alten Manusehe, existirte. [2]

Die Ehegatten stehen vielmehr in gegenseitiger, rechtlich anerkannter Abhängigkeit; der Ehemann aber hat die *Führung* der ehelichen Gemeinschaft. Dies tritt in folgenden Sätzen hervor:

1. *Die Ehefrau nimmt den Namen und den Stand des Ehemannes an.* Sie behält denselben auch nach Auflösung der Ehe bis zu etwaiger Wiederverheirathung. [3]

2. *Sie theilt im Rechtssinne das Domicil des Ehemannes,* [4] auch wenn sie thatsächlich ihren Wohnort anderswo haben sollte. Sie hat ihm zu folgen. Dies selbst, wenn er das Domicil verlegt, sofern ihr nicht besondere Gründe zur Seite stehen. [5]

Der Ehemann hat das interdictum de uxore exhibenda et ducenda *gegen Dritte, welche ihm die Frau vorenthalten,* und dies auch gegen den Vater der Frau oder deren Mutter. [6]

Gegen die Frau hat der Mann nach römischem Recht kein Klagerecht, um sie zum gemeinsamen Leben zu zwingen. Wohl aber steht nach gemeinem Rechte jedem Theile *eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens* zu. [7]

3. *Die Ehefrau erwirbt dem Manne durch ihre häus-*

„fiduciae causa", welche offenbar nichts Ursprüngliches war, vgl. Gajus I § 114, ist für die Bestimmung des Grundcharakters des Instituts ohne Bedeutung.

2) Brinz Bd. 3 S. 668.

3) l. 13 C. de dignitatibus 12. 1. Auch die geschiedene Frau, welche die Schuld an der Scheidung hat, behält den Namen des Ehemannes; Levi, Vorname S. 32.

4) l. 65 D. de judiciis 5, 1, l. 38 § 3 D. ad munic. 50, 1. — C.P.O. § 17.

5) Die Frau kann nicht angehalten werden, mit ihrem Manne vagabundirend umherzuziehen. Wenn ihn aber Beruf oder andere gerechte Zwecke nöthigen, seinen Aufenthalt öfter zu wechseln, so hat sie ihm zu folgen. Mit dem Manne auch in fremde Lande zu ziehen, ist die Frau keineswegs unter allen Umständen rechtlich verpflichtet. — Hat der Vertrag unter den Ehegatten Geltung, wonach der Mann das ursprüngliche Domicil *nicht ohne Zustimmung der Frau* verlegen darf? Die Praxis hält solche Verträge überwiegend für gültig, obgleich man sie von rein theoretischem Standpunkte als gegen das Wesen der Ehe gehend beanstandet. Doch werden sie nur für den Fall anzuerkennen sein, daß in der That berechtigte Interessen der Frau obwalten, z. B. wenn der Mann „beim Weibe einfreit", d. h. wenn die Frau ein Geschäft hat, dem er vorstehen soll. Der Vertrag ist nicht bindend, wenn Veränderungen der Umstände die Verlegung des Domicils räthlich machen. Vgl. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 5 S. 98, Brinz Bd. 3 S. 673 Anm. 27. Vgl. auch R.G. Bd. 5 S. 165, Bd. 6 S. 149, Bd. 15 S. 188, Bd. 17 S. 386.

6) l. 2 D. de liberis exhibendis 43, 30, l. 11 C. de nuptiis 5, 4.

7) Vgl. C.P.O. §§ 568 und 774 Abs. 2, R.G. Bd. 6 S. 149, Bd. 5 S. 165, Bd. 15 S. 188. Windscheid Bd. 2 § 100 Anm. 2.

Die Reformation verwarf zwar die Auffassung der Ehe als eines Sakramentes und erkannte deren weltlichen Charakter an. Dennoch behielt die protestantische Kirche zunächst entscheidenden Einfluß auf die Gestaltung des ehelichen Personenrechts.[4] Im Anschluß an ihre Auffassungen entstand ein gemeines protestantisches Eherecht,[5] welches man nicht bloß auf Protestanten, sondern auch auf andere Akatholiken anwendet.[6]

Der heutige Staat nimmt die Ehegesetzgebung und die Jurisdiktion in Ehesachen ausschließlich für sich in Anspruch. Von diesem Gedanken geht auch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und über die Eheschließung (s. g. Personenstandsgesetz) aus. Dasselbe regelt:

a) die Eingehung der Ehe unabhängig von der Mitwirkung der Kirche.

b) Es läßt über Ehesachen nur die staatlichen Gerichte mit verbindlicher Kraft für den Staat entscheiden.

§ 6. Die persönliche Stellung der Ehegatten.

Nach altem römischen Rechte hatte der Ehemann eine eheherrliche Gewalt über seine Ehefrau, so daß ihr Vermögen in dem seinen aufging, ihr Erwerb ihm gehörte, ihre Person seinem Rechte über Tod und Leben unterstand.[1]

---

3) Vgl. namentlich concilium Tridentinum sessio XXIV „de sacramento matrimonii". Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 155 und dort Citirte.

4) Vgl. namentlich Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht 1881.

5) Die Existenz eines gemeinen protestantischen Ehescheidungsrechts nimmt namentlich das R.G. Bd. 1 S. 326 und a. a. O. an. In jener Entscheidung spricht es zunächst für das hessische Eherecht aus: „Ein besonders kurhessisches Eherecht auszubilden, haben die ehemaligen hessischen Konsistorien und Gerichte niemals beabsichtigt. Sie waren stets bestrebt, mit Wahrung des Principes des protestantischen Eherechtes den Anforderungen der Zeit und des Lebens gerecht zu werden." Nicht anders war es in den anderen protestantischen Staaten, insbesondere auch in Mecklenburg. — Gegen die Behandlungsweise des Reichsgerichtes hat sich Gerhard Buchka, das mecklenburgische Ehescheidungsrecht 1885 erklärt. Uebrigens wird auch hier anerkannt, daß in den mecklenburgischen Scheidungsurtheilen die Bezugnahme auf „das gemeine protestantische Kirchenrecht" beziehungsweise das „gemeine Eherecht" nichts Seltenes ist. Gleichwohl behauptet Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 156: „daß es ein gemeines protestantisches Kirchenrecht weder gegeben hat, noch giebt".

6) Das protestantische Eherecht findet insbesondere auch bei Ehen der Juden Anwendung, R.G. Bd. 5 S. 177. Bei Ehen zwischen Katholiken und Akatholiken ist wenigstens grundsätzlich für jeden Theil das persönliche Eherecht seiner Konfession maßgebend. R.G. Bd. 12 S. 235.

1) Daß manus und Ehe ursprünglich identisch waren, halte ich für zweifellos. Ein besonderes Argument hierfür ist, daß dann, wenn ein filiusfamilias verheirathet war, die manus dem Haussohne und nicht seinem Vater zugeschrieben wurde, Gajus II § 159. Dies hat namentlich Brinz Bd. 3 S. 666 hervorgehoben. Die manus

Das jüngste römische Recht hat mit der Manus völlig gebrochen. Hier giebt es keine eheherrliche Gewalt mehr. Es ist eine Verkennung des historischen Ganges des Dinge, wenn man dies neuerdings geleugnet und behauptet hat, daß auch bei der s. g. freien Ehe eine *Gewalt* des Ehemannes über die Frau, wenn auch schwächerer Art als bei der alten Manusehe, existirte.[2]

Die Ehegatten stehen vielmehr in gegenseitiger, rechtlich anerkannter Abhängigkeit; der Ehemann aber hat die *Führung* der ehelichen Gemeinschaft. Dies tritt in folgenden Sätzen hervor:

1. *Die Ehefrau nimmt den Namen und den Stand des Ehemannes an.* Sie behält denselben auch nach Auflösung der Ehe bis zu etwaiger Wiederverheirathung.[3]

2. *Sie theilt im Rechtssinne das Domicil des Ehemannes,*[4] auch wenn sie thatsächlich ihren Wohnort anderswo haben sollte. Sie hat ihm zu folgen. Dies selbst, wenn er das Domicil verlegt, sofern ihr nicht besondere Gründe zur Seite stehen.[5]

Der Ehemann hat das interdictum de uxore exhibenda et ducenda *gegen Dritte, welche ihm die Frau vorenthalten,* und dies auch gegen den Vater der Frau oder deren Mutter.[6]

Gegen die Frau hat der Mann nach römischem Recht kein Klagerecht, um sie zum gemeinsamen Leben zu zwingen. Wohl aber steht nach gemeinem Rechte jedem Theile *eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens* zu.[7]

3. Die Ehefrau *erwirbt dem Manne durch ihre häus-*

„fiduciae causa", welche offenbar nichts Ursprüngliches war, vgl. Gajus I § 114, ist für die Bestimmung des Grundcharakters des Instituts ohne Bedeutung.

2) Brinz Bd. 3 S. 668.

3) l. 13 C. de dignitatibus 12. 1. Auch die geschiedene Frau, welche die Schuld an der Scheidung hat, behält den Namen des Ehemannes; Levi, Vorname S. 32.

4) l. 65 D. de judiciis 5, 1, l. 38 § 3 D. ad munic. 50, 1. — C.P.O. § 17.

5) Die Frau kann nicht angehalten werden, mit ihrem Manne vagabundirend umherzuziehen. Wenn ihn aber Beruf oder andere gerechte Zwecke nöthigen, seinen Aufenthalt öfter zu wechseln, so hat sie ihm zu folgen. Mit dem Manne auch in fremde Lande zu ziehen, ist die Frau keineswegs unter allen Umständen rechtlich verpflichtet. — Hat der Vertrag unter den Ehegatten Geltung, wonach der Mann das ursprüngliche Domicil *nicht ohne Zustimmung der Frau* verlegen darf? Die Praxis hält solche Verträge überwiegend für gültig, obgleich man sie von rein theoretischem Standpunkte als gegen das Wesen der Ehe gehend beanstandet. Doch werden sie nur für den Fall anzuerkennen sein, daß in der That berechtigte Interessen der Frau obwalten, z. B. wenn der Mann „beim Weibe einfreit", d. h. wenn die Frau ein Geschäft hat, dem er vorstehen soll. Der Vertrag ist nicht bindend, wenn Veränderungen der Umstände die Verlegung des Domicils räthlich machen. Vgl. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 5 S. 98, Brinz Bd. 3 S. 673 Anm. 27. Vgl. auch R.G. Bd. 5 S. 165, Bd. 6 S. 149, Bd. 15 S. 188, Bd. 17 S. 386.

6) l. 2 D. de liberis exhibendis 43, 30, l. 11 C. de nuptiis 5, 4.

7) Vgl. C.P.O. §§ 568 und 774 Abs. 2, R.G. Bd. 6 S. 149, Bd. 5 S. 165, Bd. 15 S. 188. Windscheid Bd. 2 § 100 Anm. 2.

Die Reformation verwarf zwar die Auffassung der Ehe als eines Sakramentes und erkannte deren weltlichen Charakter an. Dennoch behielt die protestantische Kirche zunächst entscheidenden Einfluß auf die Gestaltung des ehelichen Personenrechts.[4] Im Anschluß an ihre Auffassungen entstand ein gemeines protestantisches Eherecht,[5] welches man nicht bloß auf Protestanten, sondern auch auf andere Akatholiken anwendet.[6]

Der heutige Staat nimmt die Ehegesetzgebung und die Jurisdiktion in Ehesachen ausschließlich für sich in Anspruch. Von diesem Gedanken geht auch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes und über die Eheschließung (s. g. Personenstandsgesetz) aus. Dasselbe regelt:

a) die Eingehung der Ehe unabhängig von der Mitwirkung der Kirche.

b) Es läßt über Ehesachen nur die staatlichen Gerichte mit verbindlicher Kraft für den Staat entscheiden.

§ 6. Die persönliche Stellung der Ehegatten.

Nach altem römischen Rechte hatte der Ehemann eine eheherrliche Gewalt über seine Ehefrau, so daß ihr Vermögen in dem seinen aufging, ihr Erwerb ihm gehörte, ihre Person seinem Rechte über Tod und Leben unterstand.[1]

---

3) Vgl. namentlich concilium Tridentinum sessio XXIV „de sacramento matrimonii". Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 155 und dort Citirte.

4) Vgl. namentlich Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht 1881.

5) Die Existenz eines gemeinen protestantischen Ehescheidungsrechts nimmt namentlich das R.G. Bd. 1 S. 326 und a. a. O. an. In jener Entscheidung spricht es zunächst für das hessische Eherecht aus: „Ein besonders kurhessisches Eherecht auszubilden, haben die ehemaligen hessischen Konsistorien und Gerichte niemals beabsichtigt. Sie waren stets bestrebt, mit Wahrung des Principes des protestantischen Eherechtes den Anforderungen der Zeit und des Lebens gerecht zu werden." Nicht anders war es in den anderen protestantischen Staaten, insbesondere auch in Mecklenburg. — Gegen die Behandlungsweise des Reichsgerichtes hat sich Gerhard Buchka, das mecklenburgische Ehescheidungsrecht 1885 erklärt. Uebrigens wird auch hier anerkannt, daß in den mecklenburgischen Scheidungsurtheilen die Bezugnahme auf „das gemeine protestantische Kirchenrecht" beziehungsweise das „gemeine Eherecht" nichts Seltenes ist. Gleichwohl behauptet Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 156: „daß es ein gemeines protestantisches Kirchenrecht weder gegeben hat, noch giebt".

6) Das protestantische Eherecht findet insbesondere auch bei Ehen der Juden Anwendung, R.G. Bd. 5 S. 177. Bei Ehen zwischen Katholiken und Akatholiken ist wenigstens grundsätzlich für jeden Theil das persönliche Eherecht seiner Konfession maßgebend. R.G. Bd. 12 S. 235.

1) Daß manus und Ehe ursprünglich identisch waren, halte ich für zweifellos. Ein besonderes Argument hierfür ist, daß dann, wenn ein filiusfamilias verheirathet war, die manus dem Hausſohne und nicht seinem Vater zugeschrieben wurde, Gajus II § 159. Dies hat namentlich Brinz Bd. 3 S. 666 hervorgehoben. Die manus

Das jüngste römische Recht hat mit der Manus völlig gebrochen. Hier giebt es keine eheherrliche Gewalt mehr. Es ist eine Verkennung des historischen Ganges des Dinge, wenn man dies neuerdings geleugnet und behauptet hat, daß auch bei der s. g. freien Ehe eine *Gewalt* des Ehemannes über die Frau, wenn auch schwächerer Art als bei der alten Manusehe, existirte.[2]

Die Ehegatten stehen vielmehr in gegenseitiger, rechtlich anerkannter Abhängigkeit; der Ehemann aber hat die *Führung* der ehelichen Gemeinschaft. Dies tritt in folgenden Sätzen hervor:

1. *Die Ehefrau nimmt den Namen und den Stand des Ehemannes an.* Sie behält denselben auch nach Auflösung der Ehe bis zu etwaiger Wiederverheirathung.[3]

2. *Sie theilt im Rechtssinne das Domicil des Ehemannes,*[4] auch wenn sie thatsächlich ihren Wohnort anderswo haben sollte. Sie hat ihm zu folgen. Dies selbst, wenn er das Domicil verlegt, sofern ihr nicht besondere Gründe zur Seite stehen.[5]

Der Ehemann hat das interdictum de uxore exhibenda et ducenda *gegen Dritte, welche ihm die Frau vorenthalten,* und dies auch gegen den Vater der Frau oder deren Mutter.[6]

Gegen die Frau hat der Mann nach römischem Recht kein Klagerecht, um sie zum gemeinsamen Leben zu zwingen. Wohl aber steht nach gemeinem Rechte jedem Theile *eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens* zu.[7]

3. Die Ehefrau *erwirbt dem Manne durch ihre häus-*

„fiduciae causa", welche offenbar nichts Ursprüngliches war, vgl. Gajus I § 114, ist für die Bestimmung des Grundcharakters des Instituts ohne Bedeutung.

2) Brinz Bd. 3 S. 668.

3) l. 13 C. de dignitatibus 12. 1. Auch die geschiedene Frau, welche die Schuld an der Scheidung hat, behält den Namen des Ehemannes; Levi, Vorname S. 32.

4) l. 65 D. de judiciis 5, 1, l. 38 § 3 D. ad munic. 50, 1. — C.P.O. § 17.

5) Die Frau kann nicht angehalten werden, mit ihrem Manne vagabundirend umherzuziehen. Wenn ihn aber Beruf oder andere gerechte Zwecke nöthigen, seinen Aufenthalt öfter zu wechseln, so hat sie ihm zu folgen. Mit dem Manne auch in fremde Lande zu ziehen, ist die Frau keineswegs unter allen Umständen rechtlich verpflichtet. — Hat der Vertrag unter den Ehegatten Geltung, wonach der Mann das ursprüngliche Domicil *nicht ohne Zustimmung der Frau* verlegen darf? Die Praxis hält solche Verträge überwiegend für gültig, obgleich man sie von rein theoretischem Standpunkte als gegen das Wesen der Ehe gehend beanstandet. Doch werden sie nur für den Fall anzuerkennen sein, daß in der That berechtigte Interessen der Frau obwalten, z. B. wenn der Mann „beim Weibe einfreit", d. h. wenn die Frau ein Geschäft hat, dem er vorstehen soll. Der Vertrag ist nicht bindend, wenn Veränderungen der Umstände die Verlegung des Domicils räthlich machen. Vgl. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 5 S. 98, Brinz Bd. 3 S. 673 Anm. 27. Vgl. auch R.G. Bd. 5 S. 165, Bd. 6 S. 149, Bd. 15 S. 188, Bd. 17 S. 386.

6) l. 2 D. de liberis exhibendis 43, 30, l. 11 C. de nuptiis 5, 4.

7) Vgl. C.P.O. §§ 568 und 774 Abs. 2, R.G. Bd. 6 S. 149, Bd. 5 S. 165, Bd. 15 S. 188. Windscheid Bd. 2 § 100 Anm. 2.

lichen und gemeinen Dienste.[8] Selbständiger gewerblicher oder künstlerischer Erwerb dagegen gehört ihr.

4. Nach gemeinrechtlicher Gewohnheit ist der Ehemann zur Alimentirung seiner Frau verbunden.[9]

Die väterliche Gewalt über die Tochter erlosch nach römischem Rechte nicht durch deren Verheirathung. Dies ist aber nach gemeinem Rechte der Fall. Dagegen steht die Frau, wenn sie minderjährig ist, trotz ihrer Verheirathung unter Vormundschaft.[10]

Zweites Kapitel.

Eingehung und Auflösung der Ehe.[1]

§ 7. Verlöbniß.

Verlöbniß — sponsalia — nennt man das gegenseitige Versprechen künftiger Ehe.[2 3]

Erforderniſse sind der von beiden Seiten erklärte Wille.[4] die Handlungsfähigkeit der Verlobten im Allgemeinen[5] und deren Fähigkeit,

8) l. 48 pr. D. de operis libertorum 38, 1. Brinz Bd. 2 S. 673. Es ist dies gemeine Praxis.

9) Ein klagbarer Anspruch der Frau gegen den Mann auf standesmäßigen Unterhalt wird von Theorie — Windscheid Bd. 2 § 491 — und Praxis anerkannt, obgleich er sich aus den römischen Quellen nicht begründen läßt.

10) Nach Reichsrecht theilt die Frau die Staatsangehörigkeit (R.Gesetz vom 1. Juni 1870 §§ 5, 11, 19, 21) und den Unterstützungswohnsitz (R.Gesetz vom 6. Juni 1870 §§ 9, 15—17) des Mannes.

1) Die Lehre von der Eingehung und Auflösung der Ehe wird meist nicht in den Pandekten, sondern im Kirchenrecht behandelt. Hierfür bestehen historische Gründe. Das heutige Recht kommt aber hierdurch in ein schiefes Licht. Eine gedrängte Behandlung ist zudem kaum zu entbehren, wenn eine Totalanschauung des wichtigen Institutes der Ehe gewonnen werden soll.

2) l. 1 D. de sponsalibus 23, 1. Florentinus libro 3 institutionum: Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum. Mommsen liest statt „mentio“ „conventio“. Was soll aber die repromissio noch außer der conventio! Mentio deutet wohl auf die Werbung, welche durch Botschaft des Freiwerbers zu geschehen pflegte, und repromissio auf die Zusage der Braut beziehungsweise des Brautvaters. Ueber andere Erklärungen siehe Glück Bd. 22 S. 377.

3) Nach kanonischem Rechte unterschied man sponsalia de futuro — Verlöbniß — und sponsalia de praesenti — die Ehe.

4) Die Verlobung muß eine bestimmte Person betreffen. Aeußert Jemand zu drei Schwestern den Willen, eine von ihnen zu heirathen, so entsteht kein Verlöbniß, auch wenn eine oder alle das Jawort geben. Glück Bd. 22 S. 444.

5) Die Bestimmung der l. 14 D. de sponsalibus 23, 1, wonach Kinder vom 7. Jahre an gültig verlobt werden konnten, wurde durch das kanonische Recht festgehalten, cap. 4 X de desponsatione impuberum 4, 2. Sie wird aber gleichwohl

wenigstens künftig die Ehe mit einander einzugehen,[6] endlich der Konsens der Eltern sowie der Vormünder, sofern deren Einwilligung zum Abschlusse der Ehe gesetzlich einzuholen ist.[7]

1. Ein wichtiges Problem ist die Frage der Form. Vieles spricht dafür, durch eine bestimmte Form das ernste Verlöbniß von bloßem Getändel abzuheben. Wo aber das Gesetz eine Form verlangt, welche keinen festen Halt in der Volkssitte hat, werden die Formvorschriften, da die Verlöbnisse auf Vertrauen beruhen, leicht unbeachtet bleiben.

In Rom geschahen die Verlöbnisse formlos;[8] sie sind es nach gemeinem Rechte geblieben. Dagegen war die Beobachtung von Formen alte deutsche Rechtssitte und ist noch jetzt vielfach in Partikularrechten Bedingung der Rechtsgültigkeit.[9] Doch auch im Gebiete dieser Rechte sind formlose Verlöbnisse häufig und bilden enge sociale und ethische Verhältnisse im Begriff der Verlobten und nach der öffentlichen Meinung. Soweit die Reichsgesetzgebung auf Verlöbnisse Bezug nimmt, sind daher solche formlose Verlöbnisse mitbetroffen.[10]

2. Die Hauptfrage des Verlöbnißrechtes ist, ob und inwieweit die Erfüllung des Verlöbnisses staatlich erzwungen wird, und ob ein Entschädigungsanspruch aus dem Bruche des Verlöbnisses erwächst?

In dieser Hinsicht ist die Grundanschauung des römischen und des heutigen Rechtes verschieden.

Das klassische römische Recht verwarf jeden Zwang zur Vollziehung der Ehe[11] und gewährte dem verlassenen Theile auch keine Entschädigungsansprüche. Ja man erklärte sogar die auf den Bruch des Verlöbnisses gesetzte Konventionalstrafe, als gegen die guten Sitten verstoßend, für nichtig.[12] Denn die Ehe sollte Sache völlig freien Entschlusses sein.

---

von Manchen nicht ohne Grund für unpraktisch erachtet. Siehe Glück a. a. O. S. 419 Anm. 98. In integrum restitutio gegen Verlöbnisse wegen Minderjährigkeit ist zulässig. Hat jedoch der minderjährige Verlobte die Braut geschwängert, so ist die Restitution ausgeschlossen, da die Aufhebung des Verlöbnisses der Braut unwiederbringlichen Nachtheil bringt. R.G. Bd. 21 S. 181.

6) l. 9, l. 14, l. 16 D. de spons. 23, 1.

7) Dies Princip spricht die l. 7 § 1 D. de sponsalibus 23, 1 aus. In Rom war hiernach der Konsens des paterfamilias der Verlobten nöthig. Derzeit ist das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 29 maßgebend.

8) l. 4 pr. § 1, l. 7 pr. D. de sponsalibus 23, 1.

9) Ueber die Geschichte des deutschen Verlöbnisses besteht eine reiche Litteratur. Vgl. namentlich Sohm, Eheschließung 1875; Friedberg, Verlobung und Trauung 1876, und Sohm, Trauung und Verlobung 1876.

10) Auf Verlöbnisse nimmt unter anderem Bezug: Strafgesetzbuch § 52 Abs. 2 und § 247, ferner Strafprozeßordnung § 51 Ziff. 1, § 57. Vgl. R.G. in Strafsachen Bd. 10 S. 117.

11) l. 1 C. sponsalibus 5, 1.

12) l. 134 pr. D. de V. O. 45, 1, l. 2 C. de inutilibus stipulationibus 8, 38.

Gleichwohl ließ man später die Bekräftigung der Verlöbnisse durch Arra zu. Der Geber der Arra, welcher an dem Nichtzustandekommen des Verlöbnisses die Schuld hatte, verlor sie, der Empfänger in Schuld hatte sie in doppeltem Betrage zu restituiren.[13] Die Strafe des Doppelten ist dem gemeinen Rechte fremd.

Das gemeine Recht geht davon aus, daß der Rücktritt vom Verlöbniß nur aus guten Gründen zulässig sei.[14] Der ohne solche Gründe Verlassene erhält gemäß kanonischen Rechtes[15] die actio matrimonialis oder ex sponsu.

Sie erstrebte nach altem gemeinen Rechte die zwangsweise Abschließung der Ehe, wobei man selbst vor einer Zwangskopulation nicht zurückschreckte.[16]

Derzeit führt sie äußerstenfalls nur zur Entschädigung des grundlos Verlassenen.[17]

3. Geschenke unter Verlobten sind zurückzuerstatten, wenn die Ehe nicht zu Stande kommt.[18]

Geschenke an die Braut verbleiben jedoch der Braut sowie ihren Erben zur Hälfte, wenn das Verlöbniß durch den Tod eines der Verlobten vereitelt wird. Dies galt in Rom nur für Verlöbnisse,

---

13) l. 5 C. de sponsalibus 5, 1.

14) Scheurl a. a. O. S. 386.

15) Vgl. die bei Schulte, Lehrbuch § 157 Anm. 15 angeführten Stellen.

16) Böhmer, jus eccl. prot. tom. III lib. IV tit. 1 § 54, berichtet von einer Zwangskopulation, bei welcher „der Verurtheilte sein Jawort nicht geben wollen, sondern sich vielmehr mit dem Bauch zur Erde gelegt und seinen Widerwillen beharrlich kontestiret". Es wurde gleichwohl fortgefahren und sein Konsens supplirt. Auch Exekutivstrafen durch Geld und Gefängniß kamen vor.

17) Als das Angemessene ist anzusehen: Erstens, es findet kein Zwang zur Eingehung der Ehe statt; zweitens, wer schuldhafter Weise ein Verlöbniß bricht, hat den unschuldigen Theil schadlos zu halten. Dabei ist es billig, nicht bloß vergebliche Auslagen, welche der Kläger in Folge des Verlöbnisses aufgewendet hat, und die geminderte Aussicht der verlassenen Braut auf eheliche Versorgung in Betracht zu ziehen, sondern auch Genugthuung zu geben für den Kummer und die Schande, welche dem Verlassenen durch den Bruch des Verlöbnisses erwächst. Einer solchen Lösung neigt das gemeine Recht zu, ohne sie principiell zu proklamiren. Direkt auf Entschädigung kann der Verlobte nämlich nur klagen, wenn sich der Beklagte durch eine Heirath in die Unmöglichkeit versetzt hat, die Ehe mit dem Kläger zu schließen. Hiervon abgesehen, läßt man nur Klage auf Abschluß der Ehe zu, wozu sich der klagende Verlobte seinerseits bereit erklären muß. Wenn dann der Beklagte die Ehe ablehnt, kommt es auch in diesem Falle zur Verurtheilung auf Entschädigung. Diese selbst wird nicht selten zu kärglich bemessen. Richtig ist nur, daß der Gewinn, welcher dem Kläger durch Erbschaften im Falle der Ehe mit dem Beklagten möglicherweise zugekommen wäre, nicht in Betracht zu ziehen ist. Etwaige Konventionalstrafen auf den Fall des Bruches des Verlöbnisses sind heutzutage klagbar, wenn der Promittent am Bruch des Verlöbnisses schuld ist; dagegen sind sie auch heute ohne Kraft, wenn der Promittent aus guten Gründen zurücktrat.

18) l. 16 C. de donationibus ante nuptias 5, 3.

die durch einen Kuß besiegelt waren;[19] gemeinrechtlich gilt es für alle Verlöbnisse.[20]

§ 8. Die Form der Eheschließung.

Dem römischen Rechte genügte zur Eingehung der Ehe der Ehekonsens, d. h. der beiderseits erklärte Wille in den Ehestand zu treten. An eine Form war die Erklärung nicht gebunden, wenn auch meist die Ehe unter Feierlichkeiten eingegangen wurde. Die Einführung der Braut in das Haus des abwesenden Bräutigams als Hausfrau war daher zum Abschluß der Ehe ausreichend.[1]

Der bloße Ehekonsens reichte auch nach älterem kanonischen Rechte aus.[2]

Erst das tridentinische Koncil schrieb eine Form vor, nämlich die Erklärung der Eheschließung durch die Verlobten vor dem eigenen Pfarrer eines derselben und vor zwei Zeugen. In ähnlicher Weise verlangte die Sitte bei den Protestanten die Kopulation durch den Pfarrer.[3]

Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 verweltlichte die Form. Hiernach ist wesentlich die persönliche Erklärung des Willens, sich mit einander zu verehelichen, durch die Nupturienten vor dem Standesbeamten in Gegenwart von zwei Zeugen und die mündliche Konstatirung des Eheschlusses durch den Standesbeamten.[4 5]

---

19) Warum soviel Gewicht auf einen bloßen Kuß legen! Viele nehmen an, in Spanien habe ein besonderes Recht bezüglich des Kusses bestanden, welches in der citirten, an den vicarius Hispaniarum erlassenen Verordnung Anerkennung gefunden. So namentlich Spangenberg, Erörterungen I n. 9 und im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 S. 269. Es scheint aber, wie aus dem römisch-syrischen Rechtsbuch L. 91 zu schließen ist, insbesondere im Orient ein Unterschied bestanden zu haben zwischen Verlobungen, bei welchen sich die Verlobten nicht früher als bei der Hochzeit kennen lernten, und Verlöbnissen, bei welchen der Gatte die Braut gesehen und geküßt hat. Solche Verlöbnisse, bei welchen sich die Verlobten menschlich nahe getreten waren, hatten natürlich eine andere Bedeutung als die ersteren. Vgl. auch Mitteis, Reichsrecht S. 225, Anm. 3.

20) Die deutsche Praxis hat nie den Beweis des Kusses unter den Verlobten gefordert, den Kuß vielmehr „präsumirt".

1) l. 15 D. de condit. et dem. 35 1. Ulpianus libro 36 ad Sabinum: Cui fuerit sub hac condicione legatum „si in familia nupsisset" videtur impleta condicio statim atque ducta est uxor quamvis nondum in cubiculum mariti venerit, nuptias enim non concubitus, sed consensus facit l. 5—7 D. de ritu nuptiarum 23, 2. Hasse, Güterrecht S. 96; Scheurl a. a. O. S. 40.

2) Vgl. Schulte, Lehrbuch des Kirchenrechts § 159. Bloßer Konsens genügt der katholischen Kirche noch heute für die Eheschließung in Territorien, in denen das Tridentinum nicht publicirt ist; zum Theil auch bei gemischten Ehen.

3) conc. Trident. sessio XXIV cap. 1. Hinreichend ist jede — bewußte — Assistenz des Pfarrers, auch wenn sie erzwungen sein sollte.

§ 9. Die sachlichen Erfordernisse der Eheschließung.

Die sachlichen Erfordernisse der Eheschließung sind von verschiedener Bedeutung.

a) Einige sind wesentlich; ihr Fehlen bildet daher ein *trennendes* Hinderniß — impedimentum dirimens —, d. h. die anscheinende Ehe ist *nicht rechtsbeständig* und daher richterlich zu trennen. Andere bilden nur *aufschiebende* Hindernisse — i. impediens tantum —, welche die Nupturienten und den Standesbeamten an der Vollziehung des Eheschlusses hindern, eine demungeachtet abgeschlossene Ehe aber nicht in Frage stellen.

b) Die trennenden Hindernisse sind wiederum von verschiedener Wirkung. Denn einige entspringen *direkt* dem *öffentlichen Interesse*. Sie begründen die *Nichtigkeitsklage*, durch welche der *Staatsanwalt* die Nichtigkeitserklärung der Ehe und die Trennung der Ehegatten betreiben kann. Andere gelten nur als *Privatsache* des *Verletzten*, welchem die *Ungültigkeitsklage* gegen die Ehe zusteht.[1]

Sachliche Erfordernisse der Ehe sind freier Wille der Nupturienten, die Einwilligung der konsensberechtigten Eltern beziehungsweise der Vormünder, endlich Fähigkeit der Nupturienten, mit einander eine Ehe einzugehen.

1. Unerläßlich ist der *freie Ehekonsens* willensfähiger Nupturienten.

Hiernach ist die Eheschließung durch einen Geisteskranken, welcher die Tragweite dieses Aktes nicht erkennen kann, ungültig.

Irrthum ferner über die Person des anderen Theiles und über wesentliche Eigenschaften desselben,[2] nach protestantischem Rechte auch

---

4) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 52. Keine Bedingung der *Gültigkeit* ist, daß der Standesbeamte der zuständige war. Es ist aber nothwendig, daß er innerhalb seines Amtsdistriktes fungirte. Wesentlich ist die Zuziehung von 2 Zeugen, welche fähig sind, das Verhandelte zu beobachten und zu verstehen. Sie sollen nach dem Gesetze großjährig sein; gesetzliche Bedingung der Geltung des Aktes ist die Großjährigkeit der Zeugen aber nicht. Ein Aufgebot hat vorauszugehen; Bedingung der Geltung der Ehe ist auch dies nicht.

5) Unzulässig ist die Abschließung der Ehe unter Bedingungen oder unter Zeitbestimmungen.

1) Die Eintheilung der Ehehindernisse in aufschiebende und trennende und die weitere in öffentliche und in private ist in der gemeinrechtlichen Wissenschaft hergebracht. Vgl. Uihlein im Archiv für civ. Praxis Bd. 14 n. 2. Dagegen war die Unterscheidung einer *Nichtigkeitsklage* und einer *Ungültigkeitsklage* dem gemeinen Rechte fremd. Sie ist in die C.P.O. §§ 568 ff. aus dem preußischen A.L.R. übergegangen.

2) Nach katholischem Kirchenrechte ist wesentlich nur der Irrthum in der Person selbst und der error qualitatis in personam redundans, d. h. über Eigenschaften,

Betrug, welcher den Willen gefangen nahm,[3] Zwang[4] und endlich Simulation[5] hindern die Ehe.

Alle diese Hindernisse sind trennende, aber private.[6]

2. Bezüglich des Rechts von Eltern und Vormündern zum Ehekonsens sind die Rechtsauffassungen sehr verschiedene gewesen.

In Rom galt die Zustimmung des Hausvaters zur Ehe seiner Hauskinder als unerläßlich. Ohne dieselbe war die Ehe nichtig.[7] Weigerte der Hausvater seine Einwilligung mit Unrecht, so konnte er zu deren Ertheilung von der Obrigkeit gezwungen werden.[8]

Ganz anders das kanonische Recht. Dies sieht in der Einholung des Konsenses der Eltern zwar eine Pflicht der Pietät, aber die Ehe als Sakrament wird durch die Nupturienten auch ohne die elterliche Zustimmung unauflöslich geschlossen.[9]

Das protestantische Kirchenrecht[10] betonte die Nothwendigkeit der Einwilligung der Eltern schärfer. Eine Ehe ohne Zustimmung des Hausvaters ist hiernach ungültig.

Das Reichsrecht endlich verlangt für Söhne bis zur Vollendung des 25., für Töchter bis zur Vollendung des 24. Lebensjahres den Konsens des Vaters; sind die Kinder vaterlos, denjenigen der Mutter. Minderjährige bedürfen auch des Konsenses des Vormundes.[11] Ueber die Geltung einer ohne Konsens geschlossenen Ehe bestehen reichsrechtliche Normen nicht. Das frühere Recht ist hier entscheidend geblieben.

---

welche die Individualität feststellen. Vgl. Leonhard, Irrthum S. 411 und dort Citirte. Nach der protestantischen Praxis kommt in Betracht Irrthum über solche Eigenschaften, welche regelmäßig den Konsens bedingen. Keinenfalls aber bloßer error fortunae, d. h. über die Vermögensumstände des Verlobten.

3) R.G. Bd. 5 S. 177. Auch Betrug hinsichtlich der Vermögensverhältnisse kann eine Anfechtung begründen. R.G. Bd. 18 S. 223.

4) Ueber Zwang vgl. oben Bd. 1 § 103 Anm. 23. Das kanonische Recht stimmt im Wesentlichen mit dem römischen überein.

5) Siehe oben Bd. 1 § 100 Anm. 7.

6) R.G. Bd. 9 S. 220. Die Ungültigkeitsklage kann — wenigstens wenn die Ehe wegen Geistesschwäche angefochten wird — vom Kurator des Geisteskranken erhoben werden.

7) pr. 7 de nuptiis 1, 10.

8) l. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2 verb. „coguntur in matrimonium collocare et dotare". Richterliche Ergänzung des väterlichen Ehekonsenses trat in Rom nicht ein, sondern prätorischer Zwang gegen den Hausvater zur Ertheilung.

9) conc. Tridentinum sess. XIV cap. 1: sancta synodus anathemate damnat, qui falso affirmant matrimonia a filiisfamilias sine consensu parentum contracta irrita esse.

10) Ueber das protestantische Kirchenrecht, welches jedoch nach manchen Richtungen hin unsicher ist, vgl. Scheurl a. a. O. S. 165.

11) Reichsgesetz §§ 29 ff.

Hiernach ist das Hinderniß bei Katholiken nur ein aufschiebendes; bei Akatholiken ist Mangel des Konsenses des Hausvaters ein trennendes Hinderniß. Derselbe hat die Ungültigkeitsklage.

Im Falle grundloser Verweigerung des Konsenses durch die Eltern haben großjährige Kinder die Klage auf dessen richterliche Ergänzung.[12]

3. Persönliche Unfähigkeit, eine Ehe überhaupt oder mit einer gewissen Person zu schließen, besteht in folgenden Fällen:

a) So lange sie nicht aufgelöst oder für ungültig oder nichtig erklärt ist, hindert eine *frühere Ehe* eine neue mit einer anderen Person.[13]

b) *Ehemündigkeit* ist zur Eheschließung nothwendig.

Dieselbe begann nach römischem Rechte mit dem vollendeten 14. Lebensjahre bei Männern und mit dem vollendeten 12. bei Weibern;[14] ebenso nach kanonischem Rechte.[15] Nach Reichsrecht tritt die Ehemündigkeit bei Männern mit dem vollendeten 20. und bei Weibern mit dem vollendeten 16. Lebensjahre ein. Dispensation ist zulässig.[16] Das Hinderniß ist ein trennendes, aber privates.

c) Nach römischem Rechte war wegen *Verwandtschaft* die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten verboten, ferner mit Geschwistern und deren Abkömmlingen.[17] Wegen Verschwägerung war namentlich die Ehe zwischen den Personen untersagt, unter denen eine Art von Eltern- und Kinderverhältniß stattfindet, also zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern, Stiefeltern und Stiefkindern.[18 19] Viel weiter ging das kanonische Recht.[20] Das Reichsrecht hält die engsten Grenzen

---

12) Reichsgesetz § 32.

13) Reichsgesetz § 34. Die meisten Schriftsteller nehmen an, daß das Bestehen einer nichtigen oder ungültigen Ehe kein trennendes Ehehinderniß sei, trotzdem die Eingehung der neuen Ehe als Bigamie bestraft wird.

14) pr. J. de nuptiis, 1, 10, l. 4 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

15) Das kanonische Recht läßt Dispensation von der Altersgrenze zu und erkennt auch die Ehe von jüngeren Personen im Falle des Nachweises der Geschlechtsreife an, vgl. Schulte, Lehrbuch § 163.

16) Reichsgesetz § 28 Abs. 2.

17) §§ 1 ff. J. de nuptiis 1, 10, l. 17 C. cod. 5, 4.

18) §§ 6 ff. J. de nuptiis 1, 10.

19) Vgl. ferner l. 5 C. de incestis nuptiis 5, 5: Fratris uxorem ducendi vel duabus sororibus conjungendi penitus licentiam submovemus, nec dissoluto quocumque modo conjugio.

20) Ueber das kanonische Recht vgl. Schulte, Lehrbuch §§ 167 ff. Das Ehehinderniß wegen Verwandtschaft betrifft Ehen unter Ascendenten und Descendenten ohne Unterschied des Grades, und in der Seitenlinie — gemäß den Beschränkungen des Lateranischen Koncils von 1215 — bis zum 4. Grade kanonischer Komputation. Die legitime Affinität ist Hinderniß bis zum 4., die illegitime — aus außerehlicher Geschlechtsgemeinschaft — bis zum 2. Grade einschließlich.

ein. Verboten ist die Ehe zwischen Ascendenten und Descendenten sowie unter Geschwistern, ferner zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern jedes Grades. Es macht keinen Unterschied, ob die Verwandtschaft oder Schwägerschaft auf ehelicher oder unehelicher Geburt beruht.[21]

Das Hinderniß ist ein öffentliches, trennendes.

d) Die Ehe ist verboten zwischen Adoptiveltern und Adoptivkindern, solange das Adoptivverhältniß dauert,[22]

e) endlich zwischen dem wegen Ehebruchs Geschiedenen und seinem Mitschuldigen, vorausgesetzt, daß dessen Person aus dem Scheidungsurtheil erhellt. Dispensation ist zulässig. Das Hinderniß ist ein öffentliches, trennendes.[23]

Nach römischem Rechte war die Ehe zwischen dem Vormund oder dessen Kindern mit dem Mündel während der Dauer der Vormundschaft nichtig.[24] Nach Reichsrecht liegt hierin nur ein aufschiebendes Ehehinderniß.[25]

§ 10. Aufhebung der Ehe.

Die Ehe als lebenslängliche Gemeinschaft erlischt normaler Weise nur durch den Tod eines der Ehegatten. Die gerichtliche Todeserklärung hat dieselbe Bedeutung wie der nachgewiesene Tod.[1]

Die Ehescheidung ist eins der wichtigsten socialen und legislativen Probleme. Soll der lebenslängliche Bestand der Ehe bloß durch die freie Gesinnung der Eheleute getragen oder durch rechtlichen Zwang gesichert werden?

In Rom war die Ehe durch privaten Entschluß lösbar, und zwar nicht bloß mittels Uebereinstimmung — divortium —, sondern auch einseitig — durch repudium.[2] Wer aber die Scheidung verschuldete, verfiel in Strafe. Ursprünglich trafen ihn nur private Vermögensnachtheile zu Gunsten des unschuldigen Theiles;[3] in der christlichen Kaiserzeit gesellten sich hierzu schwere öffentliche Strafen.[4]

---

21) Reichsgesetz § 33 Ziff. 3.
22) Reichsgesetz § 33 Ziff. 4. Das Hinderniß ist ein trennendes, jedoch wohl nur ein privates. Ein direktes öffentliches Interesse waltet bei demselben schwerlich.
23) Reichsgesetz § 33 Ziff. 5.
24) l. 59, l. 60, l. 62 D. de ritu nuptiarum 23, 2.
25) Reichsgesetz § 37.
1) Näheres oben Bd. 1 § 51.
2) l. 2 D. de divortiis 24, 2.
3) Ulpiani fragmenta tit. VI §§ 12 und 13.
4) Das Nähere gehört in die Rechtsgeschichte. Vgl. namentlich die Novelle 97 cap. 11 und 13.

Die katholische Kirche trat hierzu in schroffen Gegensatz. Ihr gilt die leiblich vollzogene Ehe zwischen Christen für unauflöslich; nur dauernde Trennung von Tisch und Bett durch den Eherichter ist in Fällen des Ehebruchs zulässig.[5] Reichsgesetzlich ist jedoch auch für Katholiken an die Stelle der Trennung von Tisch und Bett Ehescheidung durch den Civilrichter getreten.[6] Auf Grund der evangelischen Lehre bildete sich ein gemeines Ehescheidungsrecht für Nichtkatholiken aus.[7] Nach demselben hat der Richter auf Klage des verletzten Theiles[8] die Ehescheidung wegen folgender Gründe durch Urtheil auszusprechen:

a) Ehebruch.[9]

b) Böswillige Verlassung.[10]

c) Sonstiges schweres Verschulden des Gatten, welches dem anderen das eheliche Zusammenleben unthunlich macht.[11]

Unverschuldete Vorgänge sind keine Ehescheidungsgründe, wenn sie auch die eheliche Gemeinschaft hindern.[12] Verzeihung schließt den Anspruch auf Ehescheidung aus.

---

5) Die Auflösung des „matrimonium ratum, sed non consummatum", d. h. der Ehe, bei welcher Geschlechtsgemeinschaft der Ehegatten noch nicht erfolgt ist, kann durch päpstliche Dispensation, sowie durch Eintritt in einen päpstlicherseits approbirten Orden geschehen. Ist von zwei nichtchristlichen Eheleuten der eine Christ geworden, so kann dieser auch bei Lebzeiten des nichtchristlichen Theiles eine neue Ehe schließen, falls derselbe die Ehe nicht fortsetzen will oder falls die Fortsetzung der Ehe das Seelenheil des zum Christenthum Uebergetretenen gefährden würde. Vgl. Schulte, Lehrbuch § 172 und § 188.

6) Reichsgesetz § 77 Abs. 1. Es gilt dies auch für Ausländer, wenn die Ehescheidungsklage bei einem deutschen Gerichte anhängig wird, R.G. Bd. 3 S. 27 Bd. 11 S. 29.

7) Vgl. oben Bd. 3 § 5. Ueber die Geschichte des protestantischen Ehescheidungsrechtes vgl. Scheurl a. a. O. S. 291.

8) Der Vormund des geisteskranken Ehegatten kann die Scheidungsklage nicht anstellen. Das Recht auf Scheidung ist ein höchstpersönliches, l. 4 D. de divortiis 24, 2. R.G. Bd. 6 S. 157.

9) Ueber die Erfordernisse des Ehebruches nach kanonischem und nach protestantischem Rechte vgl. R.G. Bd. 9 S. 189. Eigener Ehebruch nimmt das Recht, wegen des Ehebruches des anderen Theiles Scheidung zu fordern, s. g. Kompensation.

10) Die böswillige Verlassung setzt voraus, daß sich der Desertor an einen unbekannten oder dem Gerichte nicht erreichbaren Ort begiebt und daß er sich beharrlich von dem anderen Theile fernhält, R.G. Bd. 15 S. 203. Hat der böswillig Verlassene, nachdem er verlassen war, die eheliche Treue gebrochen, so steht ihm gleichwohl die Ehescheidungsklage zu, R.G. Bd. 20 S. 208.

11) Als Ehescheidungsgrund gilt zuvörderst lebenslängliche Zuchthausstrafe, ferner nach weiterer Rechtsentwickelung auch „sonstige langwierige und entehrende Freiheitsstrafe", R.G. Bd. 1 S. 324, Bd. 5 S. 403, Bd. 9 S. 190. Ferner gelten Mißhandlungen als Ehescheidungsgrund, wenn sie lebens- oder gesundheitsgefährlich waren, sog. Sävitien. Gegenseitige unüberwindliche Abneigung genügt nicht. R.G. Bd. 15 S. 188. Zeitweilige Trennung der Ehegatten kann bei geringeren Verfehlungen richterlich verstattet werden.

12) Unverschuldete, wenn auch dauernde Krankheit kann natürlich nicht als Ehescheidungsgrund angesehen werden. Ob aber nicht wenigstens unheilbarer Wahnsinn?

Drittes Kapitel.

Das eheliche Güterrecht.

I. Das Allgemeine.

§ 11. Das System der Gütertrennung.

Die Ehegatten sind nach justinianischem Rechte bezüglich ihrer Vermögen gleichberechtigt. Jeder Theil verfügt selbständig über sein Vermögen,[1] die Handlungsfähigkeit der Ehefrau wird durch die Eheschließung nicht berührt.

Die Gatten schließen daher wie Fremde mit einander Rechtsgeschäfte ab: z. B. Verkäufe, Vermiethungen, Darlehnsgeschäfte. Schenkungen unter Ehegatten sind aber verboten und nichtig.

Auch mit einander Prozesse führen können die Ehegatten. Infamirende Klagen wurden jedoch in Rom verweigert. Geschah ein Diebstahl zwischen Ehegatten, so waren die Diebstahlsklagen nicht zulässig. Hatte aber einer dem anderen etwas mit Rücksicht auf künftige Scheidung entwendet, so gab man dem Bestohlenen eine eigene Klage zur Rückerlangung des Entwendeten, die actio rerum amotarum, welche die Natur einer condictio furtiva ohne deren Namen an sich trug.[2] Da heutzutage der Name der Klage nichts Wesentliches mehr ist, so ist dies bedeutungslos geworden.

Die Schroffheit des Systems der Trennung der Vermögen der Ehegatten kann zwar dadurch gemildert werden, daß der Ehegatte von Seiten der Frau eine dos erhält, welche zur Bestreitung der Ehekosten bestimmt ist. Damit aber etwas dos werde, bedarf es eines besonderen hierauf abzielenden Rechtsgeschäftes.

Das römische eheliche Güterrecht ist nur in einigen Theilen Deutschlands recipirt.[3] Ueberwiegend gilt viel mehr entweder Verwaltungs-

---

Darüber hat die Praxis geschwankt. Neuerdings hat das R.G. Bd. 7 S. 154 allgemein verneint, daß unverschuldeter Wahnsinn eines Ehegatten für den anderen Theil einen Ehescheidungsgrund abgebe, weil die Ehescheidung Verschulden des Gatten voraussetze. Aber es giebt Arten der Geisteskrankheit, welche das Zusammenleben für immer nothwendig aufheben. Dann ist die Ehe in Wahrheit durch höheren Rathschluß zerrissen wie durch den Tod. Ist es dann nicht eine bloße Fiktion, noch von einer Ehe zu reden?

1) l. 8 C. de pactis conv. 5, 14 . . . nullo modo muliere prohibente virum in paraphernis volumus se immiscere.

2) l. 1, l. 2 D. de actione rerum amotarum 25, 2.

3) Ueber das Geltungsgebiet des römischen Dotalrechtes vgl. Neubauer, das in

gemeinschaft, so daß die Vermögen der Gatten zwar getrennt bleiben, aber die Verwaltung eine gemeinsame, vorzugsweise dem Ehemanne zustehende ist, oder allgemeine Gütergemeinschaft, bei welcher die Vermögen selbst gemeinsam werden, und die Verwaltung eine gemeinsame, vorzugsweise dem Manne zustehende ist.

Man hat behauptet, auch in den Territorien, in welchen das Dotalsystem recipirt wurde, sei gemäß deutscher Rechtsauffassung alles, was die Frau in die Ehe bringe, stillschweigend als dos aufzufassen.[4] Gewiß mit Unrecht. Das wäre nicht das römische System, sondern dessen Gegentheil. Das römische eheliche Güterrecht beruht auf dem Grundsatze, daß die Vermögen der Ehegatten getrennt bleiben und daß durch besondere Bestimmung festzusetzen ist, was dem Ehemanne seitens der Frau zu den Kosten der Ehe zukommt, so daß alles Andere ihr Paraphernalvermögen bleibt. Nach jener Behauptung würde sich dies umdrehen. Es würde nur das als Paraphernalvermögen gelten, was sich die Frau besonders vorbehielte.

Die Folgen wären ungerechtfertigt und würden unter anderem darin bestehen, daß die schuldige Frau ihr ganzes Vermögen, weil es als dos behandelt würde, im Falle der Ehescheidung an den Mann als Ehescheidungsstrafe verlöre.

§ 12. Paraphernen. Mucianische Präsumtion.

Vermögen der Frau, welches nicht dos ist, nennt man Paraphernen.[1]

Ueberlassung der Verwaltung dieses Vermögens an den Ehemann bildet ein Mandat. Der Mann unterliegt daher bei der Verwaltung den Anweisungen der Frau und ihrem Widerruf. Besonderheiten dieses Mandates sind nur, daß der Mann bloß für culpa in concreto ein-

Deutschland geltende eheliche Güterrecht 1878. Das Dotalrecht als gemeines Recht zu behandeln, kommt auf eine Fiktion heraus. Doch geschieht dies meist, vgl. Windscheid Bd. 2 § 491 Anm. 3. Dagegen F. Rathmann, über das eheliche Güterrecht nach heutigem gemeinen Rechte in Deutschland 1859.

4) So Windscheid Bd. 2 § 495 Anm. 13. Er führt aus: „An diesem Punkte muß verwerthet werden der durch die Geschichte des deutschen ehelichen Vermögensrechtes hinlänglich bezeugte Zug des deutschen Rechtsbewußtseins nach einer Ausprägung der Einheit der Ehegatten auch in der Gestaltung ihrer Vermögensverhältnisse. Der allgemeine Inhalt dieses Zuges ist, daß das Vermögen der Ehegatten in der Hand des Hauptes der Familie, des Mannes, vereint sein und durch denselben den Zwecken der Ehe dienstbar gemacht werden soll: die gemeinrechtliche Rechtsform zur Befriedigung des Zuges aber ist das römische Dotalrecht." Das wäre nimmer das römische Dotalrecht, sondern ein principiell verschiedenes Recht. Solche Verquickung kann nur schädlich sein. Gegen Windscheid vgl. u. a. Bechmann in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 n. 14; ferner Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 55 und 56, Brinz Bd. 3 S. 733.

1) Vermögen, welches die Frau selbst verwaltet, nennt man wohl Reiny-

ſteht, nicht wie der gewöhnliche Mandatar für jede leichte Verſchuldung, und daß der Frau wegen ihrer Anſprüche ein geſetzliches Pfandrecht am Vermögen des Mannes zugeſtanden wurde.[2]

Auf Grund der Mucianiſchen Präſumtion gelten in Streitfällen die Vermögensobjekte, welche in den Händen eines der Ehegatten ſind, als dem Ehemanne gehörig, ſoweit die Frau nicht ihr Eigenthum nachweiſen kann.[3]

II. Die dos.[1]

§ 13. 1. Begriff und Weſen.

Der Ehemann hat als das Haupt der Familie die Koſten der Ehe zu tragen, d. h. die ſtandesmäßigen Auslagen für die Erhaltung der Frau und für die Erziehung der Kinder. Es liegt ſehr nahe, daß ihm ſeitens der Frau, ſeiner Genoſſin, ein Beitrag hierzu gewährt wird.

Dies iſt die *dos, ein ſeitens der Frau dem Manne zur Beſtreitung der ehelichen Koſten zugewendetes Vermögen, welches in der Regel der Frau nach Endigung der Ehe zu erſtatten iſt.*

Im Allgemeinen iſt hervorzuheben:

1. Meiſt ſteuert der Vater oder der väterliche Großvater die Tochter mit der dos aus, aber ſie kann auch von der Frau ſelbſt oder von Dritten herrühren. Hieran knüpft ſich die Haupteintheilung der dos.

---

tizgut. Paraphernalgut heißt dann i. e. S. das in die Verwaltung des Mannes Gegebene. Dieſe Terminologie iſt zu verwerfen.

2) l. 11 § 2 C. de pactis conventis, 5, 14.

3) l. 51 D. de donat. i. v. et u. 24, 1. Pomponius libro 5 ad Quintum Mucium: Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro . . . ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse. — Der Grund, den Pomponius unterſtellt — Verhütung ſchändlichen Erwerbes — iſt ein erniedrigender und würde die Präſumtion gegenüber der großen Zahl der ehrbaren Frauen zu einer Beleidigung machen. Der Satz iſt in der That tiefer begründet und zwar darin, daß in der Regel der Mann es iſt, welcher das Vermögen, von dem die Ehegatten leben und das ſie beſitzen, erwirbt. — Manche wollen die Präſumtion auf den Fall beſchränken, daß zuvörderſt feſtſtehe, daß der Erwerb während der Ehe vollzogen ſei. Hierfür ſcheint l. 6 C. de donat. i. v. et u. 5, 16 zu ſprechen. Doch dieſes Reſkript formulirt die Regel mit Rückſicht auf den ſpeciellen entſchiedenen Fall zu eng. Würde man allgemein zur Anwendung der Präſumtion fordern, daß der Mann erſt den Beweis des Erwerbes während der Ehe führe, ſo wäre ſie nahezu werthlos. Vgl. Tenge im Archiv für civ. Praxis Bd. 45 n. 13. Seuffert Archiv Bd. 11 nov. 250, 316; Bd. 19 nov. 155, Bd. 30 S. 290. — Vgl. auch R.K.O. § 37.

1) Tit. Dig. de jure dotium 23, 3, Cod. 5, 12; Haſſe, das Güterrecht der Ehegatten 1. Band 1824, unvollendet; Bechmann, Dotalrecht 1883 und 1887; Czyhlarz, Dotalrecht 1870; Brinz, Bd. 3 S. 689.

a) Die vom Vater oder väterlichen Großvater der Frau aus seinem Vermögen bestellte dos heißt profecticia. Sie beruht auf dem Verhältniß des Vaters zur Tochter; väterliche Gewalt ist nichts Wesentliches.[2]

b) Die nicht vom väterlichen Ascendenten bestellte dos heißt adventicia, mag sie nun von der Frau oder von Dritten kommen.[3]

c) Besonderer Art ist die dos recepticia, bei welcher der Besteller sich selbst die Rückerstattung der dos ausbedingt, so daß sie der Frau nach Auflösung der Ehe nicht gebührt.[4]

2. Der wesentliche Zweck der dos ist, einen Fonds zu bilden, aus welchem die ehelichen Kosten bestritten werden.

Dies ist die gemeine Meinung, welche auch den Quellen entspricht.[5] Doch hat sie neuerdings Widerspruch gefunden. Bestreitung der Ehelasten sei zwar der gewöhnliche, aber nicht der nothwendige, nur der wirthschaftliche, aber nicht der juristische Zweck der dos.[6] Unter den hierfür angeführten Gründen scheint der wichtig, daß Verträge anerkannt wurden, wonach die dos während der Ehe nicht eingeklagt werden darf. Wie kann eine erst nach der Ehe fällige dos zu den Kosten der Ehe beitragen? Doch die Zulassung solcher Verträge geschah, weil sie gehässige Prozesse zwischen dem Manne und dem Schwiegervater oder der Frau abschneiden. Geschuldet ist die dos in solchem Falle trotzdem während der Ehe, wenn auch nur naturaliter. So erklärt sich denn auch die Ungültigkeit von Dotalversprechen, welche von vornherein auf die Zeit nach der Ehe gestellt sind.[7] Der Klagezwang kann wohl

---

2) Den Begriff der dos profecticia entwickelt l. 5 D. h. t. 23, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum. Vgl. namentlich § 11: Si pater pro filia emancipata dotem dederit, profecticiam nihilominus dotem esse nemini dubium est, quia non jus potestatis, sed parentis nomen profecticiam facit; sed ita demum si ut parens dederit: ceterum, si cum deberet filiae, voluntate ejus dedit, adventicia dos est.

3) Ulpian. fragm. VI § 3. Dos aut profecticia dicitur, id est quam pater mulieris dedit, aut adventicia, id est ea quae a quovis alio data est.

4) Ulpian. fragmenta VI § 5: adventicia autem dos semper penes maritum remanet praeterquam si is qui dedit, ut sibi redderetur, stipulatus fuerit, quae dos specialiter recepticia dicitur, l. 31 § 2 D. de mortis cause don. 39, 6.

5) l. 76 D. h. t. 23, 3: „nisi matrimonii oneribus serviat dos nulla est". l. 56 § 1 D. h. t. 23, 3. Vgl. l. 66 D. pro socio 17, 2.

6) Bechmann a. a. O. S. 24. Dagegen Czyhlarz a. a. O. S. 9. Brinz, Bd. 3 S. 691.

7) l. 20 D. h. t. 23, 3. Paulus libro 7 ad Sabinum: Julianus scribit valere talem stipulationem „cum morieris dotis nomine tot dari?" quia et pacisci soleant ne a viva exhibeatur. quod non esse simile accepi: aliud est enim differre exactionem, aliud ab initio in id tempus stipulari, quo matrimonium futurum non sit. idque et Aristoni et Neratio et Pomponio placet. Vgl. l. 76 D. eod.

während der Ehe ausgeschlossen, aber die Verbindlichkeit als solche nicht auf die Zeit nach der Ehe gestellt sein.

Den Kosten der Ehe zu dienen, ist allerdings nicht der einzige Zweck der dos. Sie wird namentlich Scheidungsstrafe in Fällen der Scheidung durch Schuld der Frau.

3. Die Dotirung enthält keine Schenkung an den Mann, denn er hat dafür die Kosten der Ehe zu tragen.[8]

Wohl aber ist es Schenkung an die Frau, wenn jemand, ohne hierzu verpflichtet zu sein, für sie eine dos bestellt, es sei denn, daß er sich die Rückgabe nach Endigung der Ehe ausbedingt. Immerhin erfreut sich die Dotirung besonderer Gunst. Um deswillen ist die gerichtliche Insinuation für die Dosbestellung erlassen, auch wenn sie zugleich eine Schenkung bildet.[9]

§ 14. 2. Die Geschichte des römischen Dotalrechtes.[1]

Die Geschichte des römischen Dotalrechtes zeigt drei Hauptstadien, in welchen sich die rechtliche Lage der Frau dem allgemeinen Gange der Entwickelung entsprechend stetig verbesserte.

1. In der ältesten Zeit erhielt der römische Ehemann die dos zum dauernden Eigenthume,[2][3] und es bestand keinerlei Klagerecht der Frau auf deren Rückgabe nach Auflösung der Ehe.

---

8) l. 19 D. de obl. et act. 44, 7. Julianus libro 73 Digestorum: Ex promissione dotis non videtur lucrativa causa esse sed quodammodo creditor aut emptor intellegitur qui dotem petit l. 5 § 5 D. de doli mali exceptione 44, 4, l. 8 § 13 D. q. m. pignus solvitur 20, 6. Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam: Quodsi in dotem dederit, vendidisse in hoc casu recte videtur propter onera matrimonii. Siehe jedoch auch Bechmann S. 198, ferner Czyhlarz a. a. O. S. 54.

9) Vgl. oben Bd. 2 § 108 Anm. 10. l. 31 C. h. t. 5, 12. Die Schenkung an die Frau perficirt sich freilich nur, wenn die Frau die Liberalität auch ihrerseits annimmt. Gegen die Auffassung, daß in der Dosbestellung eine Schenkung an die Frau liege, hat sich Bechmann a. a. O. S. 211 erklärt; für dieselbe Czyhlarz a. a. O. S. 65.

1) Ueber die Geschichte der dos vgl. Dernburg, Kompensation S. 96; Bechmann a. a. O. S. 33; Czyhlarz S. 32; Gide, du caractère de la dot, ein Anhang zu dessen von Esmein herausgegebenem Werke Etude sur la condition privée de la femme Paris 1885. Voigt in seiner 1866 veröffentlichten Festschrift glaubt eine lex Maenia de dote vom Jahre 568 entdeckt zu haben. Siehe auch Arndts, civ. Schriften Bd. 1 S. 442. Sie ist ein Fabelwesen. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 2.

2) l. 1 D. h. t. 23, 3. Paulus libro 14 ad Sabinum: Dotis causa perpetua est, et cum voto ejus qui dat ita contrahitur, ut semper apud maritum sit. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 17.

3) Dotirung war natürlich auch bei der Ehe cum manu im Gebrauch, wenn der Vater seine Tochter verheirathete. Begab sich eine Frau sui juris in eine Ehe cum manu, so war zwar ihr Vermögen von Rechtswegen Eigenthum des Mannes und von wahrer dos nicht die Rede, doch erhielt die Frau nach ähnlichen Grundsätzen wie bei wahrer dos nach Auflösung der Ehe einen Rückforderungsanspruch. Vgl. Cicero, topica cap. 4. § 23.

Allerdings betrachtete man auch damals in der römischen Gesellschaft die dos als Frauengut — res uxoria. Doch hatte diese Auffassung noch keinen unmittelbaren Einfluß auf das Recht. Wohl aber wurde es in Folge dessen herkömmlich und galt als Anstandspflicht, daß der Ehemann auf den Fall seines Todes der überlebenden Frau die dos oder Aequivalente derselben testamentarisch vermachte.[4] Scheidungen ferner wurden nach alter Sitte vom Ehemanne nicht ohne Befragung eines Familienrathes vorgenommen.[5] Dieser befand naturgemäß, falls er die Scheidung billigte, zugleich auch darüber, ob und inwieweit der Frau ihre dos zurückzuerstatten sei — ein Gutachten, welches den Mann zwar nicht rechtlich verband, dem er sich aber thatsächlich nicht leicht entziehen konnte.

2. Mit der Lockerung der Sitten nahmen seit dem sechsten Jahrhundert der Stadt die frivolen Ehescheidungen überhand.

Nunmehr kamen cautiones rei uxoriae auf, wodurch sich der Mann bei Eingehung der Ehe zur Rückerstattung der dos für den Fall der Ehescheidung verpflichtete. Ferner aber ertheilte fortan der Prätor ediktmäßig der Frau die actio rei uxoriae zunächst in Fällen der Ehescheidung,[6] dann auch des Vorversterbens des Ehemannes.[7] Der vom Prätor ernannte arbiter hatte dieselbe Aufgabe wie der vor Zeiten vom Ehemanne berufene Familienrath. Denn die Klageformel wies ihn an, der Frau von ihrer dos zuzusprechen, was gut und billig sei.

4) Ueber die bezüglichen Vermächtnisse siehe Tit. Dig. de dote praelegata 33, 4 a. a. O. S. 467; Esmein in seinen mélanges d'histoire du droit. Paris 1868 „Le testament du mari et la donatio ante nuptias."

5) Nach Valerius Maximus II 9 § 2 wurde L. Antonius im Jahre 446 der Stadt aus dem Senate gestoßen, weil er sich von seiner Frau schied „nullo amicorum in consilium adhibito".

6) Gellius, noctes atticae VI cap. 3: memoriae traditum est quingentis fere annis post Romam conditam nullas rei uxoriae neque actiones neque cautiones in urbe Romana aut in Latio fuisse.

7) Nach dem Edikte „de alterutro" hatte die Frau nur die Wahl, ob sie die ihr von ihrem Manne gemachten letztwilligen Zuwendungen, oder ob sie die actio rei uxoriae beanspruchen wolle, l. un. § 3 a. C. de rei uxoriae a. tollenda 5, 13, l. 7 pr. C. Theod. de testamentis 4, 4; Czyhlarz a. a. O. S. 476. Das Edikt bezog sich auf alle letztwilligen Zuwendungen des Mannes an die Frau, also auch auf solche, welche keinen Bezug auf die dos hatten. Mit Recht bemerkt Esmein mélanges a. a. O., daß der Grundgedanke war, die Frau müsse wählen zwischen dem alten Rechte, gemäß dessen der Ehemann testamentarisch ihre Stellung nach seinem Ermessen regelte, und dem neuen Rechte, welches ihr Rechtsansprüche auf Erstattung der dos unabhängig von den Anordnungen ihres Mannes gewährte. Die actio rei uxoriae galt eben ursprünglich als etwas Außerordentliches, als eine Hülfe für den Nothfall. Justinian hob das edictum de alterutro auf. Denn die von ihm gegebene Dotalklage hat einen ganz anderen Charakter als die actio rei uxoriae des vorjustinianischen Rechtes.

Er entſchied hierüber mit freieſtem Ermeſſen, wie ein Cenſor.[8][9] Das Klagerecht war ein außerordentliches, höchſt perſönliches der Frau. Auf ihre Erben ging es nur über, wenn die dos bereits von ihr ſelbſt eingefordert war.[10]

Starb die Frau in der Ehe, ſo behielt der Mann die dos. Jedoch ſtellte ſich feſt, daß er die dos profecticia an den Beſteller zu erſtatten habe, wenn dieſer ſeine Tochter überlebte.[11]

3. Die Anſprüche der Frau wurden durch die Geſetzgebung des Auguſtus konſolidirt.[12] Sie ohne Zweifel ſetzte die Abzüge von der dos — retentiones — welche bisher der ſchuldigen Frau nach richterlicher Willkür gemacht waren, auf feſte Quoten.[13] Sie hat ferner der Frau eine weſentliche Sicherung dadurch gewährt, daß die Veräußerung der zur dos gegebenen italiſchen Immobilien verboten wurde.

Ueberhaupt ging der Zug der Kaiſerzeit dahin, die Befugniſſe der Frau bezüglich der dos möglichſt zu ſteigern. Der Einfluß der provinziellen Rechte iſt hierbei unverkennbar.[14]

---

8) Gellius, noctes atticae X cap. 23 referirt aus der Rede des älteren Cato „de dote“ die Worte „vir cum divortium fecit mulieri judex pro censore est, si quid perverse tetreque factum est a muliere multatur. Voigt, lex Maenia S. 24 Anm. 31 erachtet hier den Ehemann als den judex. Die vorausgehenden Worte von Gellius: „Cato non solum existimatas, sed multatas quoque a judice mulieres refert“ weiſen, wie Voigt ſelbſt fühlt, auf das Gegentheil hin.

9) Es ſind uns die entſcheidenden Worte der Formel „quod ejus aequius melius erit“ überliefert, an welche ſich der Kondemnationsbefehl ſchloß. Ihnen mögen etwa die Worte vorausgegangen ſein „quod A^{s} A^{s} a N^{o} N^{o} dotem repetit. Die Rekonſtruktion Lenels, edictum S. 242 lautet: si paret N^{m} N^{m} A^{ae} A^{ae} dotem partemve ejus reddere oportere, quod ejus aequius melius erit condemna. Dies halte ich aus inneren und äußeren Gründen für unmöglich. Denn wenn dem Richter aufgegeben wird, zu unterſuchen was der Mann der Frau zu leiſten ſchuldig iſt — oportet —, ſo iſt es inkonſequent, daß er dann nicht hierauf verurtheilen ſoll, ſondern auf das, was ihm gut dünkt. Lenel freilich hält es für unbegreiflich, daß die Formel der Dotalklage dem Richter den unbedingteſten Spielraum gelaſſen habe. Aber dies entſpricht den Quellenzeugniſſen. Das freieſte Ermeſſen beſtünde zudem auch nach der Formel Lenels. Die poſitive Regelung der Dotalabzüge ſteht nicht im Widerſpruche, ſie gehört erſt der Kaiſerzeit an. Wegen derartiger Weiterbildung pflegte man in Rom die überkommenen Formeln nicht zu ändern.

10) Ulpiani fragm. Tit. VI § 7. Vat fragm. § 112.

11) Ulpiani fragm. Tit. VI § 4. Vat. fragm. § 108. l. 6 pr. D. h. t. 23, 3.

12) Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 335.

13) Ulpiani fragm. VI § 9: Retentiones ex dote fiunt aut propter liberos aut propter mores aut propter impensas aut propter res donatas aut propter res amotas. Abzüge propter liberos fanden ſtatt, wenn die Frau die Schuld der Eheſcheidung hatte. Sie betrugen ein Sechstheil für jedes Kind, jedoch nie mehr als drei Sechſtel, die Abzüge propter mores ſetzten gleichfalls Schuld der Frau voraus, ſie gingen im Falle des Ehebruchs auf ein Sechſtel, ſonſt auf ein Achtel der dos. Der Ehemann, welcher ſich gegen die Frau verfehlte, wurde dadurch beſtraft, daß er die dos zurückgeben mußte, ohne daß ihm die ſonſt geſetzlichen Rückzahlungstermine zu gute kamen.

14) In dem unter Kaiſer Galba durch den Statthalter von Egypten erlaſſenen

Insbesondere wurde es immer mehr Sitte, der Frau und ihren Erben beim Eheschluß durch besondere Stipulationen ein unverkürztes Recht auf die dos zu verschaffen.

4. Hier knüpfte Justinian an. Er stellt die Frau von Rechtswegen so, wie wenn sie die günstigsten Eheverträge abgeschlossen hätte. In dieser Absicht gewährt er ihr eine ordentliche und vererbliche actio tacita ex stipulatu an Stelle der außerordentlichen und höchstpersönlichen actio rei uxoriae.

Es ist also jetzt die dos regelmäßig der Frau oder ihren Erben nach Auflösung der Ehe zurückzuerstatten. Sie verbleibt jedoch dem Manne, wenn die Frau die Schuld an der Scheidung der Ehe trägt.

Justinian begünstigt ferner die Frau durch gesetzliche privilegirte Pfandrechte, welche er dem hergebrachten Konkursprivilegium der Dotalklage hinzufügte. Dazu giebt er ihr außer der persönlichen Klage auf Rückerstattung eine Vindikation der noch existirenden Dotalsachen.

Hiernach ist der Ehemann auch im jüngsten Rechte Eigenthümer der Dotalsachen; doch materiell gehen seine Befugnisse nicht viel über die eines Nießbrauchers hinaus.

III. Die Begründung des Dotalverhältnisses.

§ 15. a) Die gesetzliche Dotationspflicht.

Der Ehemann hat keinen gesetzlichen Anspruch auf Dotation. Wohl ist ihm seine Frau, welche die Mittel dazu besitzt, zur Dosbestellung social — naturaliter — verbunden. Doch eine rechtliche Verbindlichkeit der Frau hierzu besteht nicht;[1] vielmehr ist es Sache der Gatten, dies unter sich zu ordnen.

Dagegen hat die Frau vor wie nach Abschluß der Ehe einen gesetzlichen Anspruch auf eine Dotation, d. h. auf Gewährung einer dos an ihren Mann:[2]

a) gegen ihren Vater und väterlichen Großvater.[3] Die

Edikte des Tiberius Julius Alexander erscheint die dos ohne Zweifel nach dortigem Provinzialrechte nicht als Eigenthum des Ehemannes. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 111. Ebenso war es nach griechischen Rechten, vgl. hierüber jetzt Mitteis, Reichsrecht S. 230.

1) l. 32 § 2 D. de condictione indebiti 12, 6.

2) Die Klage steht also der Frau zu und nicht dem Manne, es sei ihm denn die Forderung der Frau cedirt; die Bestellung der dos hat aber an den Mann und nicht an die Frau zu geschehen.

3) Die Verpflichtung des Vaters, seine Tochter zu dotiren, war ursprünglich nur eine sociale; eine gesetzliche wurde sie erst in der Kaiserzeit, l. 19 D. de ritu

Verpflichtung ist nicht durch väterliche Gewalt bedingt.[4] Sie besteht zwar nicht, wenn die Tochter genügendes eigenes Vermögen zur Dosbestellung hat; aber auch dann gilt eine vom Vater bestellte dos im Zweifel als aus dessen eigenem Vermögen und nicht aus dem Vermögen der Tochter gegeben, welches er verwaltet.[5]

b) Auch die Mutter ist in Fällen dringenden Bedürfnisses zur Dotation ihrer Tochter verbunden.[6 7]

c) Nach kanonischem Rechte muß der Schwängerer die geschwächte Jungfrau heirathen *und* dotiren. Anstatt dessen fordert die gemeinrechtliche Praxis Heirath *oder* Dotirung.[8]

Die Dotationspflicht des Schwängerers ist von anderer Art als diejenige der Eltern. Denn diese Dotation ist an die Geschwächte selbst zu leisten. Sie ist ferner unabhängig davon, ob dieselbe eine Verheirathung in Aussicht hat, und kann nicht zurückgefordert werden, wenn sie sich nicht verheirathen sollte.

---

nuptiarum 23, 2. Der Hergang dürfte folgender gewesen sein. Die lex Julia de maritandis ordinibus erklärte magistratischen Zwang für zulässig, wenn die Eltern ihre Kinder mit Unrecht am Heirathen hinderten. Die Interpretation erblickte ein derartiges Hinderniß schon darin, daß man der Tochter die übliche, den Verhältnissen entsprechende dos nicht mitgab. Dies bestätigten Severus und Caracalla. Anders Czyhlarz S. 172 und dort Citirte.

4) Da selbst die Mutter, wenn auch nur aus besonderen Gründen, zur Dosbestellung verbunden ist, so ist gewiß der Vater dotationspflichtig, auch wenn er nicht mehr Gewalthaber ist; vgl. auch l. 7 D. de dotis collatione 37, 7 und l. 7 C. de dotis promisione 5, 11.

5) l. 5 § 12 D. h. t. 23, 3, l. 7 C. de dotis promissione 5, 11.

6) l. 14 C. de dotis promissione ure dotium 5, 12. Diocletianus et Maximianus: Mater pro filia dotem dare non cogitur nisi ex magna et probabili vel lege specialiter expressa causa. Durch besondere Gesetzbestimmung wurde die ketzerische Mutter verpflichtet, die orthodoxe Tochter zu dotiren. l. 19 § 3 C. de haereticis 1, 5. Dies ist nicht mehr praktischen Rechtens.

7) Die Verbindlichkeit der gesetzlich zur Dotation verbundenen Eltern ist eine höchstpersönliche. Nur wenn die Klage bereits gegen sie erhoben war, sind deren Erben haftbar. Der Umfang der Dotationspflicht bemißt sich nach den Vermögensverhältnissen des Verpflichteten, sowie der Zahl der von ihm auszustattenden Kinder, auch die Verhältnisse des zu dotirenden Ehemannes kommen, wenn auch nur sekundär, in Betracht. Eine Verpflichtung zur erneuten Dotation — Redotation — ist im Falle des Ueberganges zu einer neuen Ehe dann anzunehmen, wenn die Tochter die früher ihr gegebene dos nicht mehr hat, ohne daß ihr dolus oder culpa lata zur Last fällt.

8) l. X. de adulteriis 5, 16. Si seduxerit quis virginem nondum desponsatam dormieritque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Dies entsprechend 2. Mos. XXII, 16, 17. Schon seit dem 15. Jahrhundert legte der Gerichtsgebrauch die Worte dahin aus „duc aut dota“. Alle geschlechtlich Unbescholtenen haben den Anspruch, seien sie nun als Jungfrauen oder Wittwen verführt. Gemeinrechtlich genügt Verführung, auch wenn sich keine Schwangerschaft anschließt, doch fordern diese viele Partikularrechte. Die Klage hat den Charakter einer Schadensklage, sie steht nur der Geschwängerten selbst zu, geht aber auch gegen die Erben des Verführers. Vgl. Stobbe Bd. 3 § 204.

§ 16. b) Die Dosbestellung.

1. Die dos ist dem Ehemanne zu bestellen. Ihm kommt sie auch zu, wenn er in väterlicher Gewalt steht. Dann tritt sie aber als Adventizgut in den Nießbrauch und in die Verwaltung des Vaters, und diesem liegt der Unterhalt des Hausstandes der Eheleute ob.[1]

Die dos ist dem Manne auch dann bestellt, wenn deren Auszahlung auf seine Rechnung und nach seinem Willen an einen Dritten geschah, so daß dieser der Eigenthümer wird.

2. Bestellen kann die dos jeder, also die Frau, ihre Eltern, Dritte. Man ist Besteller der dos, auch wenn sie ein Anderer für uns leistet.

3. Gegenstand der dos kann Alles sein, was einen Vermögenswerth hat und übertragbar ist.

Dotalgegenstände sind namentlich körperliche Sachen, ferner dingliche Rechte an solchen, insbesondere Nießbrauchsrechte,[2] sei es, daß für den Ehemann ein Nießbrauch begründet oder daß ihm ein bestehender Nießbrauch der Ausübung nach übertragen wird, nicht minder Forderungen,[3] Autor- und andere Urheberrechte. Die Dotirung kann durch Verzichte, insbesondere durch Erlaß von Forderungen geschehen, die gegen den Mann bestanden.[4] Es können die gesammten Vermögensrechte des Bestellers, namentlich der Frau, zur dos werden.[5,6]

Häufig geschieht das Einbringen unter einer Schätzung.[7] Diese wirkt in der Regel wie ein Verkauf;[8] daher spricht man von

---

1) Selbstverständlich wurde die dos nach altem Rechte Eigenthum des Gewalthabers des Ehemannes. Nach justinianischem Rechte muß sie Adventizgut werden, soweit sie nicht a patre des Mannes kommt. Doch sind die Ansichten getheilt. Vgl. einerseits Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 45, 283, andererseits Brinz Bd. 3 S. 694.

2) l. 78 § 2 D. h. t. 23, 3. Auch durch Verzicht auf einen Ususfrukt des Dosbestellers an einem Grundstücke des Mannes kann die Dotirung geschehen. l. 78 pr. § 1 D. h. t. 23, 3.

3) l. 2 C. de obligationibus 4, 10.

4) l. 43 pr. § 1 D. h. t. 23, 3.

5) l. 72 pr. D. h. t. 23, 3. Hierin liegt keine Universalsuccession. Vielmehr bleibt der Besteller der Schuldner der Passiva des Vermögens und kann die zu deren Tilgung nöthigen Beträge zurückhalten.

6) Eine dos kann auch in der Art bestellt werden, daß man ein Legat zu Gunsten des Ehemannes, welcher der Erbe ist, ausschlägt oder auf eine Erbschaft zum Vortheil des Ehemannes, welcher Substitut oder Intestaterbe ist, verzichtet; l. 14 § 3 D. de fundo dotali 23, 5. Vorausgesetzt ist natürlich auch in diesen Fällen die Zustimmung des Mannes dazu, daß das in Folge des Verzichtes ihm Zufallende dos sei.

7) Ueber die s. g. dos aestimata vgl. Bechmann a. a. O. Bd. S. 212; Czyhlarz a. a. O. S. 151 und in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 20 n. 1; Sternberg, Beiträge § 2.

8) Einerseits heißt es „aestimatio venditio est" l. 10 § 6 D. h. t. 23, 3 Ulpianus libro 34 ad Sabinum, vgl. l. 14 und l. 15 D. eod., l. 10 C. h. t. 5, 12; anderer-

einer dos venditionis causa aestimata. Dabei gilt die Schätzungssumme statt des Inferirten als das Dotalobjekt, und deren Betrag ist nach Auflösung der Ehe zu erstatten. Daraus folgt, daß dem Ehemanne die Abnutzung der inferirten Objekte und selbst die Gefahr ihres zufälligen Unterganges und Verderbes zur Last fällt, andererseits aber auch die Vortheile aus denselben verbleiben. Natürlich ist die Schätzung auch in anderem Sinne möglich, z. B. um eventuell die Höhe des Ersatzes zu bestimmen, falls der Ehemann schuldhafterweise die Dotalobjekte nicht restituiren sollte.[9]

4. Die Dotirung vollzieht sich

a) durch unmittelbare Uebereignung der Dotalobjekte — dotis datio — und sonstige direkte Realisirung der Zuwendung, z. B. durch Cession einer Forderung oder Erlaß einer solchen,

b) durch Versprechen. Dasselbe forderte in der klassischen Zeit entweder eine Stipulation oder eine Zusage des Bestellers — dictio — und deren Annahme.[10] Schon in der christlichen Kaiserzeit aber genügte formloser Vertrag — pollicitatio.[11] [12]

---

seits erfahren wir von Ulpian l. 16 D. eod., sie sei „non simplex venditio sed dotis causa". Deshalb ist unter anderem eine dem Sachwerthe der inferirten Sache nicht entsprechende Schätzung anfechtbar.

9) l. 50 D. soluto matrimonio 24, 3. Es kommt auch der Vertrag vor, daß entweder die Taxsumme oder die inferirte Sache zurückzuerstatten ist. Dann hat in der Regel der Mann als Schuldner nach den Grundsätzen der Alternativobligationen die Wahl. In diesem Falle trägt er zwar die Gefahr des zufälligen Unterganges der inferirten Dotalsachen, durch welchen die Obligation zur einfachen wird, aber nicht die der Abnutzung und der zufälligen Verschlechterung, denn er kann die eingebrachten Sachen, auch wenn sie abgenutzt oder zufällig verderbt sind, zurückgeben. Andere Konsequenzen ergeben sich, wenn der Frau das Wahlrecht zwischen den Sachen und der Schätzungssumme durch den Vertrag eingeräumt wird.

10) Ulpiani fragm. VI. § 1. Dos aut datur aut dicitur aut promittitur § 2. Dotem dicere potest mulier, quae nuptura est et debitor mulieris, si jussu ejus dicat: item parens mulieris virilis sexus per virilem sexum cognatione junctus, velut pater avus paternus; dare promittere dotem omnes possunt. Die dotis dictio diente auch zum Schulderlaß. Uebrigens ist sie vielfach dunkel. Die neueste Besprechung ist von Bernstein in den Festgaben der Berliner Juristen für Beseler 1885 S. 79 ff; vgl. Kohler in Goldschmidts Ztschr. Bd. 33 S. 135.

11) Nach l. 6 C. h. t. 5, 11 bedarf es „in pollicitatione rerum dotalium" der Stipulation nicht. Diese Pollicitation ist nicht, wie Manche annehmen, ein einseitiges, nicht acceptirtes Versprechen im Sinne der l. 3 D. de pollicitationibus 50, 12, oben Bd. 2 § 9. Denn die Dosbestellung begründet Verpflichtungen auch des Mannes und ist daher ohne dessen Acceptation nicht zu vollziehen. Unter der pollicitatio dotis ist vielmehr ein formloser Vertrag zu verstehen, eine Bedeutung, welche das Wort pollicitatio sehr häufig hat. Vgl. Schloßmann, Vertrag S. 153, Brinz Bd. 3, S. 730.

12) Häufig behauptet man, das Versprechen einer dos sei verbindlich, auch wenn es Inhalt und Umfang des Versprochenen ganz offen lasse. Dies geht zu weit. Man muß vielmehr die allgemeinen Grundsätze über unbestimmt lautende Versprechen auch hier anwenden; vgl. oben Bd. 2 § 15. Verspricht also, wer zur Be-

Mit dem Vertragsschluß ist der Mann dotirt. Denn sein Vermögen ist jetzt durch ein Forderungsrecht vermehrt. Die Auszahlung des Versprochenen ist Tilgung einer Schuld. Das Gezahlte wird aber Gegenstand der dos.[13]

Regelmäßig sind Dotalversprechen vom Eheschluß an fällig. Von da ab kann der Besteller durch Mahnung in Verzug gesetzt werden. Auch ohne Mahnung werden Früchte und Zinsen mit dem Ablauf von zwei Jahren seit Abschluß der Ehe geschuldet.[14]

5. Das seitens der Frau in die Ehe Gebrachte ist nur dos, wenn die Absicht der Betheiligten auf eine Dotirung ging. Mit ausdrücklichen Worten muß diese Absicht nicht erklärt sein.[15]

6. Der Besteller der dos haftet dem Manne wegen Eviktion der Dotalobjekte:

a) wenn dieselben venditionis causa geschätzt wurden, nach den Regeln des Verkaufes,

b) im Falle eines Dolus,

c) wenn sich der Besteller besonders wegen Eviktion verpflichtet hat.[16]

---

stellung in einem gewissen Maße nach den socialen Ansichten als verbunden gilt, eine dos in unbestimmter Weise, thut dies namentlich der Vater der Frau, so ist anzunehmen, daß zugesagt werden soll, was nach Herkommen und Brauch unter den bezüglichen Verhältnissen geleistet zu werden pflegt. l. 69 § 4 D. h. t. 23, 3. Erklärt aber ein Dritter in ganz unbestimmter und vager Weise, eine dos bestellen zu wollen, so ist dies illusorisch, eine Redensart; denn es fehlt an jedem Maßstabe dafür, was er leisten wollte und wozu er verurtheilt werden kann. l. 1 C. de dotis promissione 5, 11. Anders ist es wiederum, wenn der Frau eine angemessene, den Verhältnissen entsprechende dos zugesagt wird. Dann ist der Umfang der dos zu bemessen nach den Bedürfnissen der Gatten und ihrem Stande unter Berücksichtigung der Stellung des Versprechenden zu den Eheleuten und unter Beachtung seiner Vermögensverhältnisse. Siehe l. 8 C. h. t. 5, 11; vgl. übrigens Brinz Bd. 3 S. 784.

13) l. 31 §§ 5—8 C. h. t. 5, 12.

14) Dem Besteller der dos stand in der Regel gegenüber der Klage des Ehemannes das beneficium competentiae zu, l. 17 pr. § 1 D. soluto matrimonio 24, 3. Vgl. aber auch l. 84 D. h. t. 23, 3.

15) Ueber besondere Fälle, in denen man das Einbringen der dos als selbstverständlich ansah, vgl. l. 24, l. 30, l. 40, l. 64 D. h. t. 23, 3. Siehe überhaupt Bechmann in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 n. 14.

16) Die Haftung für Eviktion der Dotalsachen ist sehr bestritten. a) Viele behaupten, der Besteller sei zur Eviktion stets verbunden, wenn er die dos versprochen habe, „weil sein Versprechen dann durch Hingabe des versprochenen Gegenstandes nicht gehörig erfüllt sei". So Arndts, Pand. § 408 und in seinen civ. Schriften Bd. 1 S. 148. Hiergegen sprechen die oben Bd. 2 § 107 Anm. 5 angeführten inneren Gründe. Ob etwas zunächst als dos versprochen und dann erst geliefert wird, oder sofort übergeben wird, ist oft durch zufällige Umstände bestimmt. Daraus eine verschiedene Haftung wegen Eviktion herzuleiten, widerspricht den Parteiintentionen. b) Windscheid Bd. 2 § 495 Anm. 5 behauptet, dem Manne stehe in jedem Falle nach neuerem Rechte ein Eviktionsanspruch zu, „weil in der Uebergabe einer Sache zur dos zugleich eine verpflichtende Erklärung, zur dos geben zu

7. Die Dosbeſtellung geſchieht nicht ſelten vor dem Eheſchluſſe. Dann kann das Dotalobjekt *unmittelbar Vermögen des Mannes werden*; zur dos wird es gleichwohl erſt mit dem Eheſchluſſe.[17] Kommt es hierzu nicht, ſo hat der Beſteller wegen Vereitelung des Zweckes der Uebereignung eine condictio auf Rückgewähr.

Die Zuwendung kann auch geradezu durch die Eheſchließung *bedingt* ſein, ſo daß ſie ſich erſt mit ihr perficirt.

Uebereignung körperlicher Sachen zur Dotirung vor der Ehe gilt im Zweifel als unbedingt, Verſprechen[18] und Schulderlaß[19] als durch den Eheſchluß bedingt.

8. Die dos bildet ein beſonderes Vermögen, welches wächſt und ſich mindert. Seine Beſtandtheile können wechſeln:

a) von Rechtswegen, alſo ohne den Willen der Ehegatten, z. B. in Folge einer Expropriation der Dotalſachen gegen Entſchädigung,[20]

b) durch Uebereinkunft von Mann und Frau über den Umtauſch der Dotalobjekte — permutatio dotis.[21 22] Solche Geſchäfte verbinden die Frau nicht, ſofern ſie durch dieſelben beeinträchtigt wird.

---

wollen, liege". Dieſe Auffaſſung iſt konſequenter als die von Arndts, aber den Quellen widerſpricht ſie entſchieden. Vgl. Wendt, Pand. § 304 Ziff. 4. Unzweideutig weiſen l. 16 und l. 52 D. h. t. 23, 3 darauf hin, daß der Mann Anſprüche wegen Eviktion der dos nur habe, wenn das Evincirte entweder äſtimirt war oder ein beſonderes Verſprechen wegen Haftung für Eviktion abgegeben war. Hiermit ſtimmt die l. 1 C. h. t. 5, 12 vollſtändig überein. Severus et Antoninus. Evicta re, quae fuerat in dotem data, si pollicitatio — urſprünglich dictio — vel promissio fuerit interposita, gener contra socerum vel mulierem seu heredes eorum condictione — urſprünglich ex dictione — vel ex stipulatione agere potest. Sin autem nulla pollicitatio vel promissio intercesserit, post evictionem ejus, si quidem res aestimata fuerit, ex empto competit actio. Sin vero hoc non factum est, si quidem bona fide eadem res in dotem data est, nulla marito competit actio: dolo autem dantis interposito de dolo actio adversus eum locum habebit. Die Neueren beziehen meiſt die pollicitatio und promissio „interposita" auf eine „dos" promissa. Die Worte deuten hierauf aber nicht. Es iſt von einem pactum de evictione praestanda die Rede. Vgl. Brinz Bd. 3 S. 736. — Beſteht eine geſetzliche Dotationspflicht und iſt dieſe in Folge der Eviktion unerfüllt, ſo kann allerdings Redotation gefordert werden. Dies iſt ein beſonderer Fall.

17) l. 7 § 3 D. h. t. 23, 3 und l. 8 D. eod. Callistratus libro 2 quaestionum: Sed nisi hoc evidenter actum fuerit, credendum est hoc agi, ut statim res sponsi fiant et, nisi nuptiae secutae fuerint, reddantur, l. 6 D. de cond. c. d. c. n. s. 12, 4.

18) l. 21 D. h. t. 23, 3. Ulpianus libro 35 ad Sabinum: Stipulationem, quae propter causam dotis fiat constat habere in se condicionem hanc „si nuptiae fuerint secutae", et ita demum ex ea agi posse, quamvis non sit expressa condicio, si nuptiae, constat l. 83 D. h. t. 23, 3.

19) l. 43 D. h. t. 23, 3.

20) Vgl. l. 78 § 4 D. h. t. 23, 3.

21) l. 26, l. 27 D. h. t. 23, 3.

22) l. 54 D. h. t. 23, 3. Gajus ad edictum praetoris titulo de praedia-

§ 17. c) Die Dotalverträge.[1]

Die Vertragsfreiheit ist bezüglich der Dotalverhältnisse wesentlich beschränkt.

1. Dotalverträge sind nichtig, wenn sie gegen Grundprincipien des Dotalrechtes verstoßen. Dahin gehört die Vereinbarung, daß der Mann allen Ertrag, den er aus der dos während der Ehe gewinnt, nach Auflösung derselben erstatten soll:[2] wo bliebe ihm dabei der Beitrag zu den Kosten der Ehe? Auch der Verzicht des Mannes auf Anrechnung seiner Verwendungen auf die dos ist nichtig, denn solche Verwendungen mindern die dos von Rechtswegen.[3]

2. Ferner wurden Dotalverträge verworfen, welche die Rechtsstellung der Frau ungebührlich verschlechtern.[4][5] Insbesondere ist hiernach nichtig der absolute Verzicht der Frau auf Rückerstattung der dos auch für den Fall der Trennung der Ehe durch den Tod des Mannes.[6] Wohl aber darf die dos dem Manne für den Fall der Ehescheidung zugesichert werden, sofern ihm Kinder aus der Ehe verbleiben,[7] nicht minder für den Fall der Trennung durch den Tod der Frau, auch wenn die Ehe kinderlos ist.[8]

toribus besagt: Res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur. Brinz Bd. 3 S. 723 lehrt hiernach ohne weiteres: „durch Anschaffung aus den Dotalgeldern treten die gekauften Sachen an Stelle des Geldes". Der Satz ist unmöglich. Oder soll er auch zum Nachtheil der Frau gelten, wenn der Mann aus den Dotalgeldern werthlos gewordene Objekte angeschafft hat? In offenem Widerspruch ist denn auch l. 12 C. h. t. 5, 12. Wenn die Ehefrau den Gläubigern des Mannes gegenüber die Dotaleigenschaft von Objekten in Anspruch nimmt, die ihr Mann angeblich für die dos angeschafft hat, so kann sie diese Behauptung durch den Nachweis plausibel machen, daß die Anschaffung aus Dotalmitteln geschah. Nichts Anderes ist aus l. 54 herauszulesen.

1) Tit. Dig. de pactis dotalibus 23, 4. Cod. de pactis conventis 5, 14; Bechmann Bd. 2 S. 379; Czyhlarz S. 429; Brinz Bd. 3 S. 758; Beldimano, de pactis dotalibus. Inauguraldissertation. Berlin 1877.

2) Nicht unzulässig ist der Vertrag, wonach zwar die Früchte das Dotalvermögen vermehren, aber der aus ihnen gewinnbare Ertrag dem Manne verbleiben soll. l. 4 D. h. t. 23, 4.

3) l. 5 § 2 D. h. t. 23, 4. Ueber den Verzicht des Mannes auf das beneficium competentiae vgl. l. 14 § 1 D. soluto matrimonio 24, 3.

4) Vgl. l. 17 D. h. t. 23, 4.

5) Es kann unter anderem nicht zum Nachtheil der Frau ausgemacht werden, daß der Ehemann nur für Dolus haften solle, l. 6 D. h. t. 23, 4.

6) l. 12 § 1 D. h. t. 23, 4, l. 2 D. eod., l. 1 § 1 D. de dote praelegata 33, 4, l. 3 C. h. t. 5, 14. — l. 16 D. h. t. 23, 4. Paulus libro 35 ad edictum: Ut autem longiore die solvatur dos, convenire non potest, non magis, quam ne omnino reddatur.

7) l. 1 § 1 D. de dote praelegata 33, 4. Ulpianus libro 19 ad Sabinum ... quod est admissum posse deteriorem condicionem dotis fieri intervenientibus liberis, totiens locum habet, quotiens — ipsa in matrimonio decedit vel — divortium intervenit.

Bei der Bestellung der dos durch Dritte, welche zur Dotirung nicht verpflichtet sind, tritt eine Kollision der Erwägungen ein. Man will die Dritten nicht zurückschrecken, dennoch aber das Wohl der Frau möglichst fördern.

Dritte Besteller können daher bei der Dotirung oder auch später bis zum Eheschlusse die Rückerstattung der dos zu ihren Gunsten mit dem Manne vereinbaren, dieselbe auch beliebigen Dritten versprechen lassen.[9] Nachher bedarf es zu Vereinbarungen des Bestellers und des Ehemannes über die dos auch der Zustimmung der Frau, da diese mit der Eheschließung das Recht auf die dos erworben hat.[10] Vereinbarungen, wodurch der Mann zum Nachtheil der Frau ungebührlich begünstigt würde, können dritte Besteller selbst bei der Dotirung nicht gültig abschließen.[11]

IV. Die Rechtsverhältnisse während der Ehe.

§ 18. a) Die Rechte des Ehemannes.

Der Ehemann ist der Eigenthümer der Dotalsachen. Allerdings hat die Frau weitgehende Rechte bezüglich ihrer dos.

8) Meist erachtet man den Vertrag de lucranda dote auch für den Fall des Versterbens der Frau in der Ehe nur unter der Voraussetzung einer bekinderten Ehe für gültig. So Czyhlarz a. a. O. S 432; dagegen aber Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 441 und zwar mit Recht. Die l. un. § 6 C. de rei uxoriae 5, 13 läßt derartige Verträge für den Fall des Versterbens der Frau in der Ehe ohne Beschränkung zu. Dagegen kann die ungeschickte Interpolation der Worte „ipsa in matrimonio decedit vel“ in der l. 1. § 1 D. de dote praelegata 33, 4 — oben Anm. 7 — nicht ins Gewicht fallen.

9) l. 29 pr. D. soluto matrimonio 24, 3. Ulpianus libro 3 disputationum: Quotiens pater dotem dat et stipulatur, ita demum in suam personam de dote actionem transfert, si ex continenti stipuletur: ceterum si interposito tempore stipulari velit, non nisi consentiente filia poterit, quamvis in potestate sit, quia deteriorem condicionem in dote filiae facere non potest, nisi consentiat. plane si ante nuptias dotem dederit, poterit ex intervallo, ante nuptias tamen, et citra voluntatem quoque filiae stipulari. Die Tragweite dieser Stelle ist sehr bestritten. Viele, z. B. Windscheid Bd. 2 § 506, nehmen an, daß der Besteller auch vor Abschluß der Ehe nach der Bestellung keine der Frau nachtheilige Vereinbarungen mit dem Manne ohne deren Zustimmung treffen könne, und erklären die abweichende Bestimmung in der l. 29 pr. daraus, daß der römische Vater befugt war, die Ehe seiner Haustocher noch zu verhindern. Diese Erklärung ist bedenklich. Steht doch nicht einmal fest, daß es sich in der Stelle um einen Hausvater und eine Haustochter handelte. Wir schließen uns daher der Erklärung von Czyhlarz a. a. O. S. 443 Anm. 3 an, vgl. l. 28 D. de jure dotium 23, 3.

10) Die Zustimmung der Frau ist nur soweit für sie verbindlich, als sie ihre Lage nicht unbillig verschlechtert. l. 7 C. sol. matr. 5, 18. Geht der Inhalt des Vertrages daher dahin, daß der Mann die dos im Fall der Scheidung lukriren soll, und stimmt die Frau zu, so gilt das ihr gegenüber nur, wenn dem Manne Kinder verbleiben. Hieraus erklärt sich wohl l. 40 D. h. t. 24, 3. Die Meinungen sind aber sehr getheilt. Vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 445.

11) l. 3 C. de pactis conventis 5, 14. Czyhlarz a. a. O. S. 440. Brinz Bd. 3 S. 761 Anm. 19.

Aber ein doppeltes Eigenthum an der dos einestheils des Mannes und anderentheils der Frau, wie es früher Viele annahmen und noch heute Manche vertheidigen, besteht um deswillen nicht.[1]

Nicht minder unhaltbar ist die Annahme, die früher Anhänger fand, daß der Mann nur Nießbraucher der dos sei. Materiell ist er allerdings durch die Rechte der Frau so beschränkt, daß ihm nicht viel mehr Befugnisse bleiben als einem Nießbraucher. Aber nach seiner juristischen Gestalt ist sein Recht Eigenthum.[2]

1. Als Eigenthümer erwirbt der Ehemann die Erträgnisse und Accessionen der Dotalsachen grundsätzlich zu Eigenthum.

Aber nur die Früchte treten in sein *freies* Eigenthum und verbleiben ihm *endgültig*. Andere Erträgnisse, z. B. die dem Eigenthümer als solchem anfallende Hälfte des in dem Dotalgrundstücke gefundenen Schatzes, vermehren das Dotalvermögen und sind als dessen Bestandtheile nach Beendigung der Ehe herauszugeben.[3]

2. In Folge seines Eigenthumsrechtes ist der Ehemann grundsätzlich zur *Veräußerung* der Dotalsachen legitimirt.

a) Dies erlitt jedoch die erheblichste Beschränkung durch die lex Julia de fundo dotali,[4] welche im Interesse der Sicherung der gesetz-

---

1) Schon die Glossatoren stritten darüber „dotis dominium utrius sit, mariti an uxoris?“ Hänel, dissensiones dominorum p. 436. Doch waren sie zu gute Romanisten, um sich trotz etwelcher Bedenken der Anerkennung des vollen Eigenthumes des Mannes zu entziehen. Häufig führt man auch Cujacius als Vertheidiger des Eigenthumes des Mannes an. Das ist unrichtig. Observationes tib. X cap. 32 erklärt er vielmehr „mulier jure naturali est domina dotis, maritus fictione juris civilis. Duo igitur dotis domini, unus verus, alter fictitius. ut alibi unus bonitarius, alter quiritarius“. Noch weiter geht Donellus, commentarii juris civilis lib. XIV cap. 4 § 10. Er behauptet, aus den Eigenschaften des Eigenthumes erhelle, daß der Mann nicht wahrer Eigenthümer der dos sein könne, sondern nur einzelne Eigenthumsbefugnisse habe. Dem gegenüber hat Löhr in seinem und Grolmanns Magazin Bd. 4 S. 57 siegreich ausgeführt, daß der Mann das wahre und einzige Eigenthum an den Dotalsachen habe. Doch hat auch später Tigerström, Dotalrecht Bd. 1 S. 202 die Idee eines s. g. bloß prokuratorischen Eigenthums des Mannes vertheidigt und ähnlich in anziehender Darstellung Brinz Bd. 3 S. 699. Die Stellen über das angebliche „Eigenthum“ der Frau siehe unten § 19 Anm. 1.

2) Analog ist das Verhältniß der Fiduciarerben, welchem die Herausgabe der Erbschaft an einen Universalfideikommissar aufgelegt ist. Auch er ist Eigenthümer, und dennoch gehen seine Befugnisse nicht viel über die eines Nießbrauchers hinaus. Allerdings hat aber die Frau auch schon von der Restitution eine nähere Beziehung zu ihrer dos, als der Universalfideikommissar zu der Erbschaft.

3) l. 7 § 12 D. soluto matrimonio 24, 3. Ulpianus libro 30 ad Sabinum... sed et si arbores vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere, non magis quam si thensaurus fuerit inventus: in fructum enim non computabitur, sed pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi.

4) Tit. Dig. de fundo dotali 23, 5, Cod. eod. 5, 23; Gajus Inst. II § 63; Paulus sententiae II 21 b, § 2 pr. J. quibus alienare 2, 8; Bachofen, ausgewählte Lehren S. 89; Czyhlarz in Lindes Zeitschrift Bd. 22 n. 11 und Dotalrecht S. 196;

lichen Ansprüche auf Rückgewähr[5] die Veräußerung der Dotalgrundstücke verbot und für nichtig erklärte. Dies Verbot, ursprünglich nur italische Grundstücke betreffend, wurde auf außeritalische erstreckt.[6] Es erhielt auch Anwendung gegenüber dem Bräutigam.[7] Dasselbe verhinderte auch die Bestellung dinglicher Rechte. Ursprünglich war nur die Verpfändung unbedingt untersagt, die Eigenthumsübertragung dagegen unter Zustimmung der Frau gestattet. Justinian ließ auch diese nicht zu,[8] eine unpraktische Bestimmung, welche, folgerecht durchgeführt, den Eheleuten auch in Fällen der dringendsten Noth oder größten Nutzens die Hände gebunden hätte. Das Mittelalter erachtete die Veräußerung bei eidlicher Bestärkung durch die Frau als gültig;[9] gemeinrechtlich genügt deren Zustimmung.[10] [11]

Die Veräußerung konvalescirt, wenn nach Auflösung der Ehe keine dotalrechtlichen Ansprüche der Frau oder ihres Vaters bestehen.[12]

Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 445. Was man lex Julia de fundo dotali in Uebereinstimmung mit l. 1 D. h. t. 23, 5 nennt, ist ein Kapitel der lex Julia de adulteriis vom Jahre 18 vor Christi Geburt.

5) l. 3 § 1 D. h. t. 23, 5. Paulus libro 36 ad edictum: Totiens autem non potest alienari fundus, quotiens mulieri actio de dote competit aut omnimodo competitura est. Dabei ist an einen Dotalanspruch auf das Grundstück gedacht. Das Veräußerungsverbot greift daher nicht ein: a) bei der dos recepticia, b) bei der dos aestimata, da hier nicht das Grundstück, sondern die Schätzungssumme dotal ist, c) wenn das Grundstück alternativ dotal ist, sofern der Mann die Wahl hat.

6) l. un. § 15 C. de rei ux. 5, 13, pr. J. quibus alienare 2, 8.

7) l. 4 D. h. t. 23, 5. Selbstverständlich bleibt die Veräußerung auch nach Beendigung der Ehe bis zur Restitution der dos verboten.

8) l. un. § 15 C. de rei ux. act. 5, 13.

9) cap. 28 X. de jure jurando 2, 24. Ueber das spätere byzantinische Recht vgl. Zachariä, griechisch-römisches Recht S. 78.

10) Schon Schilter exerc. 36 § 95 bemerkte bezüglich der Bestimmung „a Germanis receptam non esse". Allerdings erklärte sich gegen ihn Wernher, observationes forenses tom. II p. VIII obs. 437. Diesem folgt Glück Bd. 25 S. 420. Aber Glück selbst erachtet nach deutschem Rechte „die Zustimmung der Obrigkeit zur Veräußerung" für ausreichend, erkennt also gleichfalls die Undurchführbarkeit der justinianischen Verordnung an. Viele Rechtslehrer ferner betrachteten die Veräußerung wenigstens dann als gültig, wenn die Frau die Zustimmung nach zwei Jahren wiederhole. Vgl. Glück a. a. O. S. 412. — Es handelt sich offenbar um eine der Normen, welche der Praxis fremd blieben, die man aber aus Respekt vor der angeblichen Reception in complexu theoretisch nicht ganz zu verleugnen wagte. Vgl. oben Bd. 1 § 121.

11) Der Mann selbst kann das nichtig veräußerte Grundstück vindiciren, ohne daß ihm ein Retentionsrecht wegen des Vertragsbruches entgegengestellt werden kann. Dies fordert der Zweck des Verbotes. Der Erwerber in gutem Glauben ist aber befugt, sein Interesse an der Erfüllung vom Veräußerer zu beanspruchen. Schröder, gesetzliche Veräußerungsverbote S. 26. Für Zulassung einer exceptio doli, also eines Retentionsrechtes, scheint Brinz a. a. O. Bd. 3 S. 697.

12) l. 17 D. h. t. 23, 5, l. 42 D. de usurp. 41, 3.

b) Bezüglich der Mobilien besteht kein gesetzliches Veräußerungsverbot. Doch nur bezüglich der Fungibilien und der rascherem Verderben ausgesetzten Objekte hat der Ehemann das volle Verfügungsrecht ohne Zustimmung der Frau. Veräußert er Mobilien anderer Art ohne solche Einwilligung, so ist dies der Frau gegenüber unberechtigt. Diese kann sie daher nach Auflösung der Ehe als zu ihrer dos gehörend vom Manne beanspruchen [13] und nach justinianischem Rechte sogar von Dritten vindiciren. [14]

3. Der Ehemann hat alle Rechtsmittel eines Eigenthümers, z. B. Vindikation, Servitutenklagen, die condictio furtiva [15] und die actio legis Aquiliae.

§ 19. b) Die Rechte der Ehefrau.

Obgleich die dos juristisch im wahren Eigenthume des Mannes steht, so ist sie doch nach der Auffassung des Lebens Frauenvermögen. [1]

---

13) l. 50 D. soluto matrimonio 24, 3. Scaevola libro 2 responsorum: Aestimatis rebus in dotem datis pactum intercessit, ut, ex quacumque causa dos reddi deberet, ipsae res restituerentur habita ratione augmenti et deminutionis viri boni arbitratu; quae vero non exstarent ab initio aestimatio earum — also die vereinbarte Schätzung und nicht was die Sache zur Zeit des Unterganges oder des Urtheils werth wäre —: quaesitum est, cum res quaedam quas maritus vendiderat exstarent, an secundum pactum et haec ad mulierem pertinerent. respondi res quae extant si neque volente neque ratum habente muliere venissent, perinde reddendas, atque si nulla aestimatio intervenisset.

14) Vgl. unten § 20.

15) l. 49 § 1 D. de furtis 47, 2.

1) Die hauptsächlichsten Stellen, welche Manche — vgl. oben § 18 Anm. 1 — dazu bestimmten, die Frau als Eigenthümerin der dos anzusehen, sind l. 3 § 5 D. de minoribus 4, 4. Ulpianus libro 11 ad edictum: Ergo etiam filiam familias in dote captam, dum patri consentit stipulanti dotem non statim quam dedit, vel adhibenti aliquem, qui dotem stipularetur, puto restituendam, quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est. Doch dies besagt nur: die Dotalansprüche gehören nicht zum Vermögen des Hausvaters, sondern der Haustochter; l. 75 D. h. t. 23, 3. Tryphoninus libro 6 disputationum: Quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est, et merito placuit, ut, si in dotem fundum inaestimatum dedit, cujus nomine duplae stipulatione cautum habuit, isque marito evictus sit, statim eam ex ea stipulatione agere posse. porro cujus interest non esse evictum quod in dote fuit, quodque ipsa evictionem pati creditur ob id, quod eum in dotem habere desiit, hujus etiam constante matrimonio, quamvis apud maritum dominium sit, emolumenti potestatem esse creditur, cujus etiam matrimonii onera maritus sustinet. Das wahre Eigenthum des Mannes an der dos wird gerade hier zugestanden, und es wird nur betont, daß die dos auch während der Ehe der Frau Vortheile gewähre, daß sie daher schon jetzt an ihr juristisch interessirt sei. Weniger scharf ist Justinian, wenn er in l. 30 C. h. t. 5, 12 gleichsam zur Auswahl hinstellt, ob man annehmen wolle, daß die Dotalsachen „ex naturali jure ejusdem mulieris" seien oder „secundum legum subtilitatem ad mariti substantiam" gehörten. Doch auch hiernach bleibt es dabei, daß der Mann juristisch betrachtet allein Eigenthümer der dos ist, wenn auch die Frau

Hierin liegt die Quelle von Rechten der Frau. Diese treten vorzugsweise nach Auflösung der Ehe hervor, erscheinen aber auch bereits während der Ehe.

1. Standesgemäßer Unterhalt aus der dos ist natürliches Anrecht der Frau. In Nothfällen steigert sich dieses zum klagbaren Anspruch.[2]

2. Geräth der Ehemann in Vermögensverfall, so geht das Recht der Verwaltung der dos von Rechtswegen auf die Ehefrau über. Sie kann sie daher herausfordern und über sie, wie sonst der Ehemann, verfügen.[3]

3. Hiervon abgesehen ist die Zurückgabe während der Ehe nur zu nothwendigen oder nützlichen oder sittlich gebotenen Zwecken zulässig.[4 5]

Giebt sie der Mann ohne gute Gründe während der Ehe in die Hände seiner Frau und geht sie bei derselben zu Grunde, so kann er sich nach Auflösung der Ehe der wiederholten Erstattung nicht entziehen.[6]

V. Die Dotalverhältnisse nach Auflösung der Ehe.

§ 20. a) Die Rückforderungsklagen im Allgemeinen.

Nach Endigung der Ehe ist die dos in der Regel zurückzuerstatten. War sie recepticia, indem der Besteller sich oder Dritten die

---

nach einer natürlichen, d. h. hier unjuristischen Betrachtung in der dos ihr Vermögen sieht.

2) l. 22 § 8 D. soluto matrimonio 24, 3.

3) l. 29 C. h. t. 5, 12. R.G. Bd. 22 S. 212. Es ist streitig, ob die Frau dies Recht auch im Fall der Bestellung einer dos recepticia habe. Ohne Zweifel ist dies im Sinne des Bestellers, welcher durch seine Gabe für die Frau und ihren Hausstand während der Ehe sorgen will. Hierfür spricht auch die l. 22 § 8 D. sol. matr. 24, 3. Die Gegenansicht stützt sich auf den Wortlaut der l. 29 cit., vgl. freilich Arndts § 404 Anm. 3, Brinz Bd. 3 S. 743.

4) Die Fälle, in denen die Restitution der dos während der Ehe zulässig ist, erörtert l. 73 § 1 D. h. t. 23, 3 und l. 20 D. soluto matrimonio 24, 3; Czyhlarz S. 43. Streitig ist, ob die in den Pandektenstellen aufgezählten Fälle als Beispiele oder exklusiv zu verstehen sind. Für das Erstere spricht die Weise der Darstellung. Vgl. auch l. 85 D. h. t. 23, 3. Daß diese Beispiele durch nov. 22 cap. 39 einen anderen Charakter erhielten, ist nicht anzunehmen. Siehe aber Arndts § 404 Anm. 5.

5) Es genügt, daß der Mann annehmen durfte, daß die Verwendung zu dem bezeichneten erlaubten Zweck erfolgen werde; daß die Ausführung wirklich geschah, ist nicht entscheidend. R.G. B. 25 S. 178.

6) l. un. C. si dos constante matrimonio soluta fuerit 5, 19. Der Grund des Satzes ist zweifelhaft. Viele erklären ihn daraus, daß die vorzeitige Rückgabe eine Schenkung unter Ehegatten bilde. Aber vorzeitige Zahlung einer Schuld ist nicht Schenkung. Es handelt sich um ein specielles Verbot, welches wahrscheinlich in der lex Papia Poppaea enthalten war. Czyhlarz a. a. O. S. 492.

Rückerstattung vorbehalten hatte, so ist lediglich die Vereinbarung maßgebend.[1]

In anderen Fällen treten die dotalrechtlichen Normen ein.

a) Die hauptsächliche Dotalklage ist auch im justinianischen Rechte eine persönliche.[2] Sie betreibt Rechnungslegung sowie Erstattung des Dotalvermögens. Den anormalen und höchst persönlichen Charakter, welcher der alten actio rei uxoriae innewohnte, hat sie abgestreift und ist als s. g. actio tacita ex stipulatu nach Art einer Vertragsklage gebildet, namentlich also vererblich.

Die Ehefrau hatte im justinianischen Rechte nicht bloß ein Vorzugsrecht vor den chirographarischen Gläubigern des Mannes, sondern auch ein gesetzliches Pfandrecht,[3] ausgerüstet mit einem Privilegium vor älteren hypothekarischen Gläubigern.[4] Die neuere Zeit hat von diesen Privilegien wenig bestehen lassen. Insbesondere erkennt die Reichskonkursordnung ein Vorrecht der Frau gegenüber den persönlichen Gläubigern des Mannes nicht mehr an;[5] und die römische privilegirte gesetzliche Generalhypothek ist zu einem einfachen Anspruch auf Pfandsicherung herabgesunken.[6]

b) Um so wichtiger ist, daß Justinian der Frau auch eine utilis rei vindicatio gab.[7] Damit erhielt sie ein dingliches Recht auf Rück-

---

1) Es bestand dann in Rom die a. ex stipulatu oder in Fällen formloser Vereinbarung die a. praescriptis verbis, l. 6 C. h. t. 5, 12.

2) l. un. C. de rei uxoriae actione in ex stipulatu transfusa 5, 13, oben § 14. Die Klage wird häufig in den Quellen actio de dote und von uns hiernach als „Dotalklage" bezeichnet.

3) l. 17 § — 1 l. 19 pr. D. de rebus auctoritate judicis 42, 5. Dies Privileg war höchst persönlich —, l. un. C. de privilegio dotis 7, 74.

4) l. un. § 1 C. da rei uxoriae actione 5, 13, l. 12 C. qui potiores 8, 17.

5) K.O. § 54.

6) Vgl. oben Bd. 1 § 269 Ziff. 4. § 288 Ziff. 3.

7) l. 30. pr. C. h. t. 4, 12. Justinianus: In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare, cum eaedem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in ejus permanserunt domino. Die Auslegung ist sehr bestritten. a) Kontrovers ist der Grundcharakter des hier der Frau gewährten Anspruches. Löhr in seinem und Grolmanns Magazin Bd. 4 S. 70 und im Archiv. für civ. Praxis Bd. 5 S. 295 nimmt nur ein privilegirtes Pfandrecht an. Wäre diese Ansicht richtig, so wäre nach der neueren Entwickelung des Pfandrechtes der Vortheil unserer Verordnung verloren. Doch sie entspricht weder den Worten noch der Absicht Justinians. Vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 383. Es handelt sich wie in anderen Fällen der utilis vindicatio, vielmehr um ein dingliches Recht auf Uebertragung des Eigenthumes, vgl. oben Bd. 1 § 225. b) Viele neuere Schriftsteller beziehen den Zwischensatz „si tamen extant" auf Sachen, die noch beim Manne vorhanden sind. So unter anderen Windscheid Bd. 2 § 503 und die zahl-

übereignung der Dotalsachen. Und zwar bezieht sich dieser Anspruch auch auf in dritter Hand befindliche Objekte, abgesehen von Fungibilien; ja er erstreckt sich selbst auf ästimirte Dotalsachen, vorausgesetzt, daß die Aestimationssumme nicht gezahlt wird.

§ 21. b) Rückforderungsberechtigte.[1]

Rückforderungsberechtigt sind die Frau und deren Erben. War die geschiedene oder verwittwete Frau noch Haustochter, so stand nach römischem Rechte die Dotalklage nur dem Vater und der Tochter gemeinsam zu.[2] Im gemeinen Rechte aber ist der Fall unmöglich geworden, da die Ehe der Tochter die väterliche Gewalt über sie beendigt.[3]

Der Vater hat den Dotalanspruch wegen der von ihm bestellten dos profecticia,[4] wenn seine Tochter in der Ehe verstirbt.[5] In diesem

---

reich dort Citirten. Hiergegen hat sich namentlich Bechmann a. a. O. Bd. 2 S. 470 erklärt, und mit vollem Recht. Diese restriktive Interpretation ließe sich nur rechtfertigen, wenn dringende innere oder äußere Gründe für sie sprächen. An solchen fehlt es. Man führt an, daß sonst der Zusatz „si tamen extant" gar zu „nichtssagend" wäre. Es wird aber damit ausgeschlossen, daß ehemalige Besitzer, insbesondere auch der Ehemann selbst, weil sie die Objekte vor dem Prozeß konsumirten, als ficti possessores belangt und in das durch einseitigen Eid des Klägers zu bestimmende Interesse verurtheilt werden konnten. Andere Gründe, die man anführt, sind gesucht und nicht schlagend. Was unter den „res, quae extant" zu verstehen sei, geht unseres Erachtens bestimmt aus der l. 50 D. soluto matrimonio 24, 3 — abgedruckt oben S. 36 Anm. 13 — hervor. Aber aus dieser Stelle ist auch zu entnehmen, daß die Frau die Vindikation nicht hat, wenn sie der Veräußerung der Dotalobjekte zugestimmt hat. c) Besondere Schwierigkeit macht, daß Justinian sogar eine Vindikation der res aestimatae zuläßt. Daß dies der Fall ist, kann nicht bezweifelt werden. Aber nothwendig muß dann die Vindikation dadurch ausgeschlossen werden, daß der Mann der Frau die Schätzungssumme offerirt. d) Ueber den Gegenstand der Vindikation vgl. noch Brandis im Archiv für civ. Praxis Bd. 66 n. 4.

1) Tit. Dig. soluto matrimonio dos quemadmodum petatur 24, 3, Cod. 5, 18, l. un. C. de rei uxoriae act. 5, 13.

2) Ulp. fragm. tit. VI § 6, l. 2 §§ 1 ff., l. 3, l. 4 D. h. t. 24, 3. Vgl. Brinz Bd. 3 S. 714.

3) Dies ist gemeinrechtlich; vgl. Stölzel, väterliche Gewalt S. 18. Nach einigen Landesrechten wird auch besonderer Haushalt verlangt, damit die verheirathete Tochter aus der Gewalt trete. Dort könnten die römischen Grundsätze über die gemeinsame Klage des Vaters und der Tochter denkbarerweise noch Anwendung finden.

4) Vgl. über den Begriff der dos profecticia oben § 13.

5) Der Vater hat die Rückforderung der dos profecticia, wenn die Tochter in der Ehe verstirbt, ohne Rücksicht darauf, ob sie zur Zeit der Bestellung oder ihres Todes in seiner Gewalt stand. Denn ganz allgemein erklärt l. 6 pr. D. de jure dotium 23, 3. Pomponius libro 14 ad Sabinum: Jure succursum est patri, ut filia amissa solacii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne et filiae amissae et pecuniae damnum sentiret. Und speciell bezeugt l. 71 D. de evictionibus 21, 2, daß auch „si filia emancipata est, uno casu ad patrem dos regredi potest", nämlich „mortua in matrimonio filia". Neuerdings wird jedoch

Falle sind also die Erben der Frau ausgeschlossen. Ob dies auch gegenüber den Kindern der verstorbenen Frau gelte, war schon unter den Glossatoren streitig. Dafür erklärte sich dem justinianischen Rechte entsprechend Bulgarus, dagegen aber Martinus.[6] Des Letzteren Ansicht wurde zur gewohnheitsrechtlichen.[7]

§ 22. c) Gegenstand der Dotalklage.

Gegenstand der Dotalklage ist das Dotalvermögen, in dem Stande und Betrage, in dem es sich zur Zeit befindet.

1. Die dos wird durch eine feste Summe gebildet, wenn sie in Geld oder in anderen Fungibilien besteht oder verkaufsweise abgeschätzt ist. Dann ist diese Summe zu erstatten, ohne daß in Betracht kommt, ob das entsprechende Kapital in den Händen des Mannes zu Grunde ging oder wuchs.[1]

2. Sonst sind die Bestandtheile des Dotalvermögens dergestalt zu

---

häufig behauptet, daß der Vater das Recht der Rückforderung der dos profecticia nur habe, wenn die in der Ehe verstorbene Tochter zur Zeit der Bestellung der dos in väterlicher Gewalt stand. Hauptvertreter dieser Ansicht ist Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 26 n. 14 „Vom Rückfall der dos profecticia", dem sich Bangerow Bd. 1 S. 220 Anm. 1 n. 2 a, Massot im Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 5 n. 4, Windscheid Bd. 2 § 499 Anm. 4 anschließen. Man stützt sich hierfür auf l. un. § 13, C. de rei uxoriae act. 5, 13. Aber Justinian spricht hier nur den allgemeinen Grundsatz aus, daß der Frau und ihren Erben die von ihm geschaffene, auf der Fiktion einer Stipulation beruhende actio tacita ex stipulatu auch zustehe, wenn die dos von einem Dritten — extraneus — ohne einen Vorbehalt der Rückgabe zu seinen Gunsten bestellt sei, und daß auch der Vater, welcher die Gewalt über die Tochter nicht habe, zu solchen Dritten gehöre. Das findet denn auch seine Anwendung im Falle der Trennung der Ehe durch Scheidung und durch Tod des Mannes, wie auch, wenn die Frau nach dem Besteller der dos profecticia in der Ehe stirbt. Dagegen ist nicht anzunehmen, daß das Recht des Vaters auf die von ihm bestellte dos profecticia im Falle des Todes der Tochter in der Ehe damit modificirt werden sollte. Dasselbe wird eben in den Pandekten, welche die Meinung Justinians in dieser Hinsicht authentisch deklariren, aufrecht erhalten. Vgl. Bechmann a. a. O. S. 39, 373 und Czyhlarz S. 392. — Noch weiter als Francke geht Appelius im Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 12 S. 58; vgl. Arndts § 405 Anm. 4 in der 13. Ausgabe.

6) Siehe über den Streit: Hänel, dissensiones dominorum p. 40, 87, 441; Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter Bd. 4 S. 90. Nach klassischem Rechte durfte der Ehemann wegen jeden Kindes ein Fünftel zurückhalten. Ulp. fragmenta VI, 4, Vat. fragmenta § 108. Im justinianischen Rechte kommt ein solches Recht des Ehemannes nicht mehr vor.

7) Glück Bd. 27 S. 205, vgl. übrigens auch Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 214 und dort Citirte.

1) l. 42 D. de jure dotium 23, 3. Gajus libro 11 ad edictum provinciale: Res in dotem datae, quae pondere numero mensura constant, mariti periculo sunt, quia in hoc dantur, ut eas maritus ad arbitrium suum distrahat et quandoque soluto matrimonio ejusdem generis et qualitatis alias restituat vel ipse vel heres ejus.

erstatten, wie sie im Laufe der Zeit wurden, zunächst also die seinerzeit inferirten Sachen, soweit sie vorhanden sind,[2] dann was etwa durch Vereinbarung oder von Rechtswegen an deren Stelle trat.

Dazu kommen die Accessionen der dos.[3] Zu diesen gehören auch vor Eingehung und nach Auflösung der Ehe gewonnene Früchte der Dotalsachen.

Dagegen sind die auf die Ehezeit fallenden Früchte freies Eigenthum des Mannes und nicht zu restituiren.[4]

Bezüglich der Früchte des letzten Jahres der Ehe tritt aber verhältnißmäßige Theilung zwischen dem Ehemann und der Ehefrau — beziehungsweise deren Successoren — ein. Dies machte die Freiheit der Ehescheidung in Rom zur Nothwendigkeit. Der Nießbrauch endigt in der Regel durch ein zufälliges Ereigniß, den Tod des Nießbrauchers, daher konnte man beim Nießbrauch die Perception einfach über die Gewinnung der Früchte entscheiden lassen. Dagegen konnte das Dotalverhältniß in Rom durch willkürliche Ehescheidung eines Theiles enden und solche Scheidung war sehr häufig. Hätte man auch hier die Perception entscheiden lassen, so wären die niedrigsten Spekulationen möglich gewesen. Der Mann insbesondere hätte die Ehe unmittelbar vor der Ernte schließen und nach deren Einthun sofort die Ehe wieder auflösen können, um die Ernte als Beute zu behalten.

Wie aber war das Theilungsjahr zu bestimmen? Es lag nahe, das laufende Frucht- oder Pachtjahr zum Theilungsjahr zu machen. Dies nahmen, wie es scheint, die älteren römischen Juristen an. Aber dem Uebel war damit nicht abgeholfen. Daher bestimmte man als das Datum, von welchem das Theilungsjahr berechnet wurde, den Tag des Abschlusses der Ehe und wenn das bezügliche Dotalgrundstück erst später übereignet wurde, den Tag dieser Uebereignung.[5 6]

---

2) l. 11 D. h. t. 24, 3. Pomponius libro 16 ad Sabinum: Si alienam rem sciens mulier in dotem dederit, reddenda ei est quasi suam dedisset.

3) l. 4, l. 10 § 1 D. de jure dotium 23, 3.

4) Ueber die Restitution der Früchte der dos vgl. u. a. Francke im Archiv für civ. Praxis Bd. 30 n. 10, Bechmann Bd. 2 S. 188, Czyhlarz S. 235, Bolze im Archiv für civ. Praxis Bd. 61 S. 321 und Brandis ebendaselbst Bd. 69 n. 6. Huschke, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd 10 S. 1. Wiedemann in der Zeitschrift der Savignystiftung Bd. 7 S. 106.

5) Die Principien formulirt am klarsten l. 6. D. soluto h. t. 24, 3. Paulus libro 7 ad Sabinum: Si ante nuptias fundus traditus est, ex die nuptiarum ad eundem diem sequentis anni computandus annus est: idem in ceteris annis servatur, donec divortium fiat. nam si ante nuptias traditus sit et fructus inde percepti, hi restituendi sunt quandoque divortio facto quasi dotis facti. Hierzu vgl. l. 5 D. eod. Ulpianus libro ad Sabinum: De divisione anni ejus, quo divortium factum est, quaeritur ex die matrimonii an ex die traditi marito

3. Die Restitution der Dotalgrundstücke hat sofort nach Auflösung der Ehe zu geschehen.

Für andere Objekte ist dem Manne und seinen Erben gesetzlich die Frist eines Jahres gewährt.[7]

Doch sind auch die während dieses Jahres von speciellen Dotalsachen gewonnenen Früchte dotal und zu erstatten. Vom Ablauf des Jahres an hat der Restitutionspflichtige 4% Zinsen des Werthbetrages der dos zu berichtigen. Dabei können aber fruchttragende Sachen, deren Fruchtertrag herauszugeben ist, nicht in Anschlag kommen.

4. Die Weise, wie die Restitution zu vollziehen ist, richtet sich nach der Art der Vermögensstücke. Uebereignete Sachen, cedirte Forderungen

---

fundi maritus sibi computet tempus et utique in fructibus a viro retinendis neque dies dotis constitutae neque nuptiarum observabitur, sed quo primum dotale praedium constitutum est id est tradita possessione.

6) Die Ausführung unseres Textes über das Theilungsjahr ruht ausschließlich auf den scharfsinnigen Forschungen des Schülers des russischen romanistischen Seminars zu Berlin, Leo v. Petražycki, dessen Abhandlung in Kürze veröffentlicht werden wird. Dieselben geben auch den Schlüssel zu der vielbesprochenen Entscheidung der l. 7 § 1 D. h. t. 24, 3. Ulpianus libro 31 ad Sabinum: Papinianus libro undecimo quaestionum divortio facto fructus dividi ait non ex die locationis, sed habita ratione praecedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim, si vindemiae tempore fundus in dotem datus sit eumque vir ex Kalendis Novembribus primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio retinere virum et vindemiae fructus et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis aequum est: alioquin si coactis vindemiis altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit, itaque si fine mensis Januarii divortium fiat et quattuor mensibus matrimonium steterit, vindemiae fructus et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur. — Ueber den Fall ist kein Zweifel. Die Ehe hatte am ersten Oktober begonnen und wurde am letzten Januar des folgenden Jahres getrennt, dauerte also 4 Monate. Ein Weinberg war zur dos gegeben. Der Ehemann hatte im Oktober die Weinernte eingethan und den Weinberg vom ersten November ab verpachtet. Was gebührt ihm nun von dem Ertrage des Ehejahres? Papinian polemisirt, wie Petražycki mit Recht ausführt, hier gegen die ältere Ansicht, welcher wohl noch Sabinus huldigte, wonach das laufende Pachtjahr Theilungsjahr sein sollte. Denn danach würde der Mann, welcher im Oktober heirathete, die Weinernte einthat, darauf den Weinberg verpachtete und sofort die Ehe auflöste, die ganze Weinernte behalten können, weil sie nicht in das laufende, sondern in das verflossene Fruchtjahr fiel. Papinian macht daher das Ehejahr zum Theilungsjahr. Von diesem Standpunkt wäre das Folgerechte, daß der Ehemann den dritten Theil — für 4 Monate — der Theilungsmasse erhielte, welche aus dem Ertrag der Weinerte und 11 Pachtmonaten bestand. Daß hiernach der Ehemann immer noch sehr günstig behandelt würde, kann uns, wenn wir den Zweck der Theilung der Früchte, wie ihn Petražycki entwickelt, beachten, nicht mehr befremden. Aber Papinian wirft nicht $^{11}/_{12}$, vielmehr, wie es scheint, nur $^{8}/_{12}$ des Pachtzinses in die Theilungsmasse. Er führt also sein Princip nicht konsequent durch. Dies bleibt auffallend. Die Abhandlung von Petražycki wird versuchen, auch dieses Räthsel zu lösen.

7) In der klassischen Zeit hatte der Mann zur Erstattung der Fungibilien drei Jahrestermine, während er andere Dotalobjekte sofort restituiren sollte. Ulp. fragm. VI § 8. Justinian unterscheidet in der l. un. § 7 C. h. t. 5, 13 Immobilien und Mobilien, vgl. Czyhlarz a. a. O. S. 388.

sind zurückzuübereignen. Wurde ein Nießbrauch zu Gunsten des Mannes begründet, so kann nur dessen Ausübung auf den Rückforderungsberechtigten übertragen werden. War aber der Nießbrauch an dem Grundstücke des Rückforderungsberechtigten, insbesondere an dem der Frau bestellt, so geschieht seine Restitution durch Verzicht auf denselben.[8] Wurde dem Ehemanne behufs seiner Dotirung eine Schuld erlassen, so hat er deren Betrag binnen Jahresfrist zu zahlen, wenn die Forderung fällig wäre. Ist dies nicht der Fall, so ist die Forderung wiederherzustellen.[9]

5. Der Ehemann ist, während er das Dotalvermögen verwaltet, wegen culpa in concreto verantwortlich. Die hiernach entstandene Entschädigungsforderung vermehrt das Dotalvermögen.[10 11]

---

8) Die Hauptstelle über die Restitution des Ususfruktus ist von Tryphoninus libro 11 disputationum l. 78 pr. — § 4 D. de jure dotium 23, 3, vgl. auch l. 66 D. eod., l. 57 D. soluto matrimonio 24, 3.

9) Von der Dosbestellung durch acceptilatio handelt Ulpianus libro 3 disputationum l. 43 D. de jure dotium 23, 3. Insbesondere führt § 2 aus: constituta dote per acceptilationem et secutis nuptiis is effectus erit dotis exactioni, ut, si quidem pura sit obligatio quae accepto lata est, non ipsa jam restituenda sit, sed solvenda dos secundum sua tempora, sin vero obligatio in diem fuit nec ante solutum matrimonium dies obligationis praeteriit, restauranda est in diem pristinum obligatio et, si debitum cum satisdatione fuerit, satisdatio renovanda est, similique modo et si condicionalis fuerit obligatio quae in dotem conversa est et pendente obligatione divortium fuerit secutum, verius obligationem sub eadem condicione restitui debere: sed si condicio exstiterit constante matrimonio, ex die divortii tempora exactionis numerantur. Hofmann bei Arndts § 406 Anm. 5 führt aus, daß dann, wenn der Zahlungstermin zur Zeit der Bestellung noch nicht eingetreten ist, die Schuld unter der Befristung, die ihr im Augenblick des Erlasses anhaftete, wiederherzustellen sei. Wenn z. B. Jemandem dotis causa eine in 3 Jahren fällige Kaufgelderschuld erlassen worden sei, und es 3 Jahre später zur Restitution komme, so brauche der Schuldner das Kapital erst in weiteren 3 Jahren zu zahlen. Denn innerhalb der 3 Jahre der Ehe habe er das Kapital als dotales genossen, nunmehr dürfe er es noch 3 Jahre lang kraft des Kaufkontraktes genießen. Eine solche Behandlungsweise wäre denkbar, sie ist aber zu künstlich und steht nicht im Einklang mit l. 43 cit.

10) l. 17 D. de jure dotium 23, 3. Eines politischen Prozesses gedenkt Javolenus libro 6 ex posterioribus Labeonis l. 66 D. soluto matrimonio 24, 3. In his rebus, quae praeter numeratam pecuniam doti vir habet, dolum malum et culpam eum praestare oportere Servius ait, ea sententia Publii Mucii est: nam is in Licinnia Gracchi uxore (statuit), quod res dotales in ea seditione, qua Gracchus occisus erat, perissent, ait, quia Gracchi culpa ea seditio facta esset, Licinniae praestari oportere. Vgl. Arndts, civ. Schriften Bd. 1 S. 457.

11) Ueber die Verantwortlichkeit des Ehemannes in Bezug auf eine ihm versprochene dos oder in dotem gegebene Forderung handelt Meyerfeld im rheinischen Museum für Jurisprudenz Bd. 7 n. 5. Vgl. Bechmann Bd. 2 S. 240 und Cyhlarz S. 263. Es gilt nicht als Verschuldung des Mannes, wenn er den Vater der Frau, sowie seine Frau selbst oder einen Dritten, welcher aus Liberalität gegen die Frau die dos versprach, nicht zur Zahlung drängte, l. 33 D. de jure dotium 23, 3. Ulpianus libro 6 ad Sabinum . . . recte Sabinus disposuit, ut diceret quod pater vel ipsa mulier promisit viri periculo non esse, quod debitor, id viri esse, quod alius, scilicet donaturus, ejus periculo ait, cui adquiritur: adquiri autem

6. Nothwendige Verwendungen auf die Dotalobjekte mindern das Dotalvermögen von Rechtswegen, so daß sich die Erstattungspflicht um deren Betrag verringert. Dies bezieht sich nicht auf Verwendungen auf die Früchte und auch nicht auf die s. g. laufenden Verwendungen, d. h. solche, welche eine Last des Fruchtertrages bilden.[12]

Wegen nützlicher Verwendungen hat der Ehemann die Mandatsklage, wenn sie mit Einwilligung der Frau gemacht wurden, die actio negotiorum gestorum, wenn deren allgemeine Voraussetzungen vorhanden sind.[13]

§ 28. d) Beweis bei der Dotalklage.

Der Kläger hat zu beweisen, daß eine dos bestellt und daß der Fall der Rückforderung eingetreten ist.

Der Nachweis der Ertheilung eines Dotalversprechens an den Mann genügt zur Begründung des Anspruches auf Erstattung des Versprochenen, wenn der Mann für gehörige Beitreibung verantwortlich war. Derselbe befreit sich dann nur durch den Nachweis, daß er ohne seine Verschuldung nichts erhielt.

War der Mann nicht für die Beitreibung verantwortlich, so muß der Kläger die Auszahlung des Versprochenen beweisen. Dies namentlich, wenn der Kläger selbst oder sein Erblasser seinerzeit das Dotalversprechen geleistet hat und nun Rückerstattung des Betrages begehrt.

Nicht selten wird in den Ehepakten die Auszahlung der dos im voraus in Erwartung derselben bezeugt, und es kann vorkommen, daß sie dann hinterher ausbleibt.

---

mulieri accipiemus, ad quam rei commodum respicit. Die Gefahr trägt der Mann freilich, auch wenn ein Schuldner des Bestellers Zahlung versprach, nur wenn er die Beitreibung unmittelbar nach der Fälligkeit der Forderung versäumte. Unbedingt steht der Mann für den Schuldbetrag ein, wenn er die Schuld novirt, l. 85 D. de jure dotium 23, 3, ferner, wenn er sie erlassen hat, l. 49 D. eod. Vgl. übrigens Windscheid Bd. 2 § 500 Anm. 9; Czyhlarz S. 271 Anm. 5; Sternberg, Beiträge § 7.

12) l. 5 pr. D. de inpensis in res dotales factis 25, 1 . . . dicitur necessarias impensas dotem minuere, l. 16 D. eod., § 37 J. de actionibus 4, 6, l. un § 5 C. de rei ux. act. 5, 13. Dernburg, Kompensation S. 105, Czyhlarz S. 276, Sternberg a. a. O. §§ 8 ff., Brinz, Bd. 3 S. 729.

13) Die Behandlung der impensae utiles gegenüber den Dotalansprüchen ist bestritten, vgl. Czyhlarz S. 346 und S. 386. Justinian verordnet, daß sie mit der actio mandati eingeklagt werden, wenn sie mit Zustimmung der Frau gemacht waren, wenn dies nicht der Fall, mit der actio negotiorum gestorum, l. un. § 5 C. de rei ux. act. 5, 13. Zweifelhaft ist, ob ihretwegen ein Recht der Rückhaltung der dos besteht, was man wegen der die Retention verwerfenden Aeußerungen Justinians verneint, sowie ob eine Kompensation ihretwegen stattfindet, was jedenfalls zu bejahen ist.

Dies veranlaßte Juſtinian zu der Beſtimmung, daß Empfangsbekenntniſſe in den Eheverträgen ohne Beweiskraft ſeien, wenn gegen ſie während der Ehe oder innerhalb gewiſſer Friſten nach Aufhebung der Ehe durch exceptio oder querella non numeratae dotis Proteſt erhoben ſei. War dies verſäumt, ſo wurden jene Bekenntniſſe unanfechtbar.[1]

Das verfehlte geſetzgeberiſche Experiment Juſtinians wurde durch die Reichsgeſetzgebung beſeitigt.[2]

III. Schenkungen unter Ehegatten. Propter nuptias donatio.

§ 24. Die Schenkungen unter Ehegatten.[1]

Schenkungen unter Ehegatten ſind nichtig.

Dies iſt auffallend. Was ſcheint natürlicher, als Geſchenke unter Ehegatten, um ihrer Liebe und Anhänglichkeit Ausdruck zu geben. Und dennoch ſind dieſelben verboten.

Es war die Freiheit der Eheſcheidung, welche die römiſche Praxis und Gewohnheit dazu brachten, die Schenkungen unter Ehegatten als nichtig zu behandeln. Denn die Würde der Ehe wäre gefährdet geweſen, wenn man das Schauſpiel hätte erleben können, daß der zärtlichere Gatte die Fortſetzung derſelben durch Geſchenke erkaufen mußte.[2]

Ohnehin haben die Ehegatten ihr Vermögen bei geſunden Verhältniſſen thatſächlich gemein; ein Bedürfniß, während der Ehe zu ſchenken, beſteht daher in der Regel nicht. Soweit dies doch der Fall iſt, ſind Schenkungen zuläſſig.

1. Vorausſetzungen des Verbotes ſind:

---

1) l. 3 C. de dote cauta 5, 15, l. 14 § 1 C. de non numerata pecunia 4, 30, nov. 100 cap. 1 und 2. Der Beklagte hat hiernach die Einrede während der Ehe und ein Jahr nach deren Auflöſung, wenn die Ehe höchſtens 2 Jahr beſtand. Er hat ſie noch drei Monate nach Auflöſung der Ehe, wenn die Ehe über 2 Jahre, aber nicht länger als 10 Jahre beſtand. Nach Ablauf von 10 Jahren der Ehe iſt die Einrede nicht mehr geſtattet. Dazu kommen Vorſchriften für den Fall, daß der Mann beim Abſchluß der Ehe minderjährig war.

2) Einführungsgeſetz zur C.P.O. § 14 Ziff. und § 17.

1) Tit. Dig. de donationibus inter virum et uxorem 24, 1, Cod. 5, 16. Savigny, Syſtem Bd. 4 S. 165; F. Hofmann in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 8 S. 286 und dort Citirte. Grabenwitz, Ungültigkeit obligatoriſcher Rechtsgeſchäfte S. 191, Brinz, Bd. 3 S. 790.

2) l. 1 D. h. t. 24, 1. Ulpianus libro 32 ad Sabinum: Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate, l. 2, l. 3 pr. D. eod. Erörterungen über den Urſprung des Verbotes ſiehe bei Hofmann a. a. O.

a) Vornahme *während der Zeit der Ehe*. Nicht betroffen sind Schenkungen zwischen den künftigen Gatten, selbst wenn sie am Hochzeitstage vor der Ehe geschehen,[3] ebensowenig solche unter Geschiedenen, auch wenn sie sich später wieder verheirathen.[4]

Die Ehe muß gültig sein. Schenkungen an eine Konkubine sind nicht verboten.[5]

b) Es muß sich um *Schenkungen* handeln, welche eine *Bereicherung des Beschenkten* auf Kosten des Geschenkgebers bezwecken.[6]

c) Gesetzlich gebilligte Schenkungen sind unter anderem die zur Wiederherstellung eines zerstörten Gebäudes,[7] sowie solche, welche dem Ehemanne die Erlangung und Bekleidung von Ehrenstellen ermöglichen sollen.[8]

Allgemein sind *Schenkungen auf den Todesfall* gültig, da sie berechtigten Zwecken dienen und durch den Schenker jederzeit widerrufbar sind.[9] Verstattet sind auch Schenkungen divortii causa, d. h. zur Zeit und auf den Fall einer Ehescheidung.[10] Enthalten dieselben freilich ein Erkaufen der Einwilligung zur Ehescheidung, so sind sie wegen Unsittlichkeit nichtig.

2. Das Schenkungsgeschäft hat keine Gültigkeit. Der Beschenkte erhält daher kein Eigenthum durch die Tradition des Geschenkten,[11] und der Geschenkgeber behält dessen Vindikation.[12] Schenkungsversprechen und Schulderlasse ferner sind ungültig.[13]

Soweit die Vindikation des Geschenkten nicht mehr möglich ist, hat der Schenker eine condictio sine causa in Höhe der Bereicherung des Beschenkten.[14]

3) l. 27, l. 66 § 1 D. h. t. 24, 1,

4) l. 64, l. 35 D. h. t. 24, 1.

5) l. 3 § 1, l. 65 D. h. t. 24, 1.

6) l. 5 § 8 D. h. t. 24, 1. Ulpianus libro 32 ad Sabinum: Concessa donatio est sepulturae causa: nam sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat et si quidem intulerit, faciet locum religiosum: hoc autem ex eo venit, quod definiri solet eam demum donationem impediri solere, quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem.

7) l. 14 D. h. t. 24, 1.

8) l. 40—l. 42 D. h. t. 24, 1.

9) l. 9 §§ 2 ff. D. h. t. 24, 1.

10) l. 11 §§ 11 ff. D. h. t. 24, 1. R.G. Bd. 5 S. 153.

11) l. 3 §§ 10 ff. D. h. t. 24, 1.

12) l. 35 und l. 36 D. h. t. 24, 1.

13) l. 3 § 10, l. 5 §§ 1 ff. D. h. t. 24, 1.

14) l. 5 § 18 D. h. t. 24, 1. l. 55 D. eod. Paulus libro 6 quaestionum ... Videtur maritus, quamvis solvendo non sit, ex donatione locupletior effectus,

3. In Folge einer Oratio von Severus und Caracalla[15] konvalescirt die an sich nichtige Schenkung, wenn der Schenker, ohne widerrufen zu haben, vor dem Geschenknehmer in der Ehe verstirbt. Die Erben des verstorbenen Ehegatten können also in solchen Fällen nicht, wie dies früher Rechtens war, das Geschenkte zurückfordern.[16]

§ 25. Die propter nuptias donatio.[1]

Die propter nuptias donatio — Ehegeschenk — ist eine Zuwendung Seitens des Mannes an seine Frau zu den Zwecken der Ehe, welche der Frau im Falle einer

cum pecunia mulieris res comparata exstet. respondi: locupletiorem esse ex donatione negari non potest: non enim quaerimus, quid deducto aere alieno liberum habeat sed quid ex re mulieris possideat. Der Zeitpunkt, nach welchem die Bereicherung bemessen wird, war in Rom die Litiskontestation, l. 7 pr. D. h. t. 24, 1, er ist nach der C.P.O. der Augenblick der Klageerhebung.

15) l. 32 § 2 D. h. t. 24, 1. Ait Oratio: „fas esse eum, qui donavit, poenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam ejus, qui donavit, durum et avarum esse", vgl. l. 3, l. 10 C. h. t. 5, 16. Ueber den Grundgedanken der Oratio vgl. Hofmann bei Grünhut Bd. 8 S. 298 und dort Citirte.

16) Sehr bestritten ist, ob auch das nicht erfüllte Schenkungsversprechen konvalescirt? Hiergegen erklärt sich l. 23 D. h. t. 14, 1. Ulpianus lib. 6 ad Sabinum: Papinianus recte putabat orationem Divi Severi ad rerum donationem pertinere, denique si stipulanti spopondisset uxori suae, non putabat conveniri posse heredem mariti, licet durante voluntate maritus decesserit. Dafür aber ist Ulpian im 33. Buch desselben Werkes l. 32 § 1 D. eod. 24, 1: Oratio non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso jure res fiant ejus cui donatae sunt et obligatio sit civilis. Mit der letzteren Festsetzung stimmt Ulpians Ausführung bezüglich einer stipulirten Jahresrente: l. 33 pr. D. h. t. „puto quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici stipulationem confirmari ex senatus consulto, ebenso l. 33 § 2 D. eod. Wie die Stellen zu vereinigen sind, darüber gehen die Ansichten auseinander. Für richtig halte ich die Auffassung von Savigny, System Bd. 4 S. 109, welcher einen Widerspruch zwischen Papinian und Ulpian annimmt. Papinian bezog die Konvalescenz noch nicht auf bloße Schenkungsversprechen. Ulpian referirt diese Ansicht in der l. 23 ohne sie zu billigen, denn das „recte" bezieht sich nur auf das erste Glied des Satzes, die Konvalescenz der Schenkung körperlicher Sachen. In den späteren Theilen seines Werkes tritt er mit der Anerkennung der Konvalescenz der Schenkungsversprechen unumwunden hervor. Sie ist justinianisches Recht. Die ungloſſirte nov. 162 cap. 1 § 1 erklärt sich gleichfalls für die Konvalescenz der Schenkungsversprechen. Anders Puchta, kleine Schriften S. 332, Schütze in Bekkers Jahrbuch Bd. 3 S. 442, F. P. Bremer im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 n. 13.

1) Tit. Cod. de donationibus ante nuptias vel propter nuptias 5, 3, l. 7 C. de dotis promissione 5, 11, nov. 61, nov. 96 cap. 1, nov. 97 cap. 1. Syrisch-römisches Rechtsbuch, herausgegeben von Bruns und Sachau S. 264 und dort citirte Stellen. Das vollständige Quellenmaterial und die Litteratur siehe bei Mitteis, Reichsrecht S. 225. Mitteis hat die Auffassung von Francke im Archiv f. civ. Praxis Bd. 26 S. 63, der auch die früheren Auflagen dieses Buchs folgten, an der Hand der seither entdeckten und zugänglich gemachten Quellen überzeugend begründet und schärfer, in manchen Punkten richtiger entwickelt. Andere Ansichten hatten Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 15 n. 20, Bd. 16 n. 1 und H. Schott die d. p. n. Inauguralabhandlung, München 1867.

Scheidung durch Schuld des Mannes wie auch als Witthum bei dessen Tode auszufolgen ist.

Auch dieses Institut stand geschichtlich im engsten Zusammenhang mit der Freiheit der Ehescheidung. Die Frau, welche der Ehemann jederzeit ohne pekuniäre Nachtheile verstoßen kann, ist ein Spielzeug seiner Laune und seines jeweiligen Gefallens. Eine ganz andere Stellung nimmt die Frau ein, wenn sie von ihrem Ehemann im Falle einer Scheidung durch dessen Schuld eine namhafte Summe zu beanspruchen hat.

Das Institut entwickelte sich aus der Schenkung, welche nach weitverbreiteter Sitte des Alterthums der Ehemann seiner Braut bei Abschluß der Ehe zu machen hatte. Es bildete sich aus ihr dadurch aus, daß der Mann das Ehegeschenk regelmäßig seiner Gattin zunächst nur verschrieb und es in seiner Verwaltung behielt, so daß es ihr bei Scheidung durch Schuld des Mannes oder bei dessen Tode zu verabfolgen war.

Im Orient betrachtete man schriftlichen Ehekontrakt mit Verschreibung einer dos und einer donatio sogar als Bedingung einer gültigen Ehe. Kaiser Majorian machte dies in seiner nov. 6, 9 [2] zum römischen Reichsrecht. Doch seine Verordnung wurde bald, wie wir annehmen dürfen unter Einwirkung christlicher Ideen, wieder beseitigt.

Dem vorjustinianischen Rechte galt das Ehegeschenk trotz seiner Eigenthümlichkeiten noch als Schenkung, daher mußte es vor Abschluß der Ehe gewährt sein und hieß ante nuptias donatio. Justinian aber ließ dasselbe auch nach der Eheschließung zu und nannte es propter nuptias donatio. Ueberhaupt begünstigte Justinian dies Institut im Interesse der Erhaltung der Ehen. Es wurde von ihm als Gegendos ausgebildet, wie dies schon seine Vorfahren angebahnt hatten.

Demgemäß verpflichtete man den Hausvater des Ehemannes seiner Schwiegertochter eine donatio zuzuwenden, wie der Vater der Frau ihrem Manne eine dos zu gewähren hatte. Die der Frau als donatio verschriebenen Immobilien ferner wurden als unveräußerlich erklärt, wie Dotalimmobilien. Die Frau erhielt wegen der ihr verschriebenen donatio ein gesetzliches Pfandrecht. Sie konnte endlich deren Verwaltung fordern, wenn der Mann in Vermögensverfall gerieth.

Justinian verlangte sogar, daß die donatio der dos im Betrage gleichstehen müsse. Um dies verständlich zu machen, muß man sich vergegenwärtigen, daß regelmäßig nur Gleichbegüterte mit einander die

2) Ausgabe von Haenel p. 312.

Ehe eingingen, im Uebrigen die donatio regelmäßig nicht wie die dos ſofort ausgezahlt, ſondern nur verſchrieben wurde. Im Oſten jedoch wurde nur Sitte, daß die donatio die Hälfte der dos betrug.

Die propter nuptias donatio iſt in Deutſchland nicht recipirt. Wohl findet ſich das Ausſetzen eines Witthums in Eheverträgen für den Fall des Verſterbens des Mannes in der Ehe. Dies unterliegt aber den Grundſätzen der römiſchen donatio propter nuptias nicht.[3]

IV. Eheſcheidungsſtrafen. Nachtheile der Wiederverheirathung.

§ 26. Eheſcheidungsſtrafen.[1]

Wer ſchuldhafterweiſe den Ehegatten verſtieß oder ihm die Veranlaſſung zur Ehetrennung gab, erlitt im römiſchen Rechte Vermögensnachtheile. Sie treten im heutigen Rechte ein, wenn der Richter wegen Schuld des einen Theiles die Ehe ſcheidet.

1. Nach einer Verordnung von Theodoſius und Valentinian aus dem Jahre 449 verlor im Falle der Scheidung die ſchuldige Ehefrau ihre dos an den Ehemann, und der ſchuldige Ehemann die donatio propter nuptias an die Frau.[2]

Juſtinian beſtimmte für den Fall der Nichtbeſtellung einer dos oder donatio den Verluſt eines Viertels des Vermögens des ſchuldigen Theiles bis zu 100 Pfund Gold.[3] Hierin beſteht gemeinrechtlich vorzugsweiſe die Scheidungsſtrafe, da die donatio antiquirt, die dos weniger häufig iſt als in Rom. Zu Grunde zu legen iſt der Moment der Rechtskraft des Scheidungsurtheiles. Vorgängige doloſe Verminderungen ſind in Rechnung zu ſtellen.[4]

In Fällen des Ehebruches tritt Erhöhung der Strafe um ein Drittel ein.[5 6]

---

3) Vgl. R.G. Bd. 24 S. 177. Anderer Anſicht iſt Windſcheid Bd. 2 § 509.

1) Glück Bd. 27 S. 3; Ortloff in Ortloff, Heimbach und Vermehren, juriſtiſche Abhandlungen Bd. 2 Abh. 1 1857.

2) l. 8 C. de repudiis 5, 17.

3) l. 11 C. de repudiis 5, 17. Hieran ſchloß ſich dann die Novellengeſetzgebung nov. 22 cap. 15 und 16 und nov. 117 cap. 8 und 9.

4) R.G. Bd. 11 S. 205. Dem Beklagten liegt auf Verlangen des Klägers Hergabe eines Verzeichniſſes ſeines Vermögens und deſſen eidliche Bekräftigung ob. R.G. Bd. 15 S. 205 entſcheidet mit Recht, daß die Strafe „nur in der Verbindlichkeit zur Zahlung des Werthes der Vermögensquote in Geld beſteht", es ſtellt dahin, ob die Beſchränkung auf 100 Pfund Gold obſolet ſei.

5) Die Erhöhung um ein Drittel tritt nach nov. 117 cap. 8 § 2, cap. 9 §§ 4 und 5 auf Seiten der Frau wegen Ehebruchs, auf Seiten des Mannes dagegen nur, wenn er trotz Verwarnung — worüber zu vergleichen iſt R.G. Bd. 23 S. 182 — in der gemeinſchaftlichen Wohnung eine Konkubine gehalten oder in einem Hauſe

Sind Kinder aus der Ehe vorhanden, so erhalten sie die Proprietät, der geschiedene Ehegatte aber den Nießbrauch und die Verwaltung.[7]

2. Die Ehefrau, welche auf die Kapitalabfindung verzichtet, kann richtiger Ansicht nach lebenslängliche standesgemäße Alimente fordern.

Jedoch hat sich das Reichsgericht hiergegen erklärt.[8]

3. Zuwendungen an den Gatten von Todeswegen gelten nur für

---

des gemeinschaftlichen Wohnortes mit einer Konkubine zusammengewohnt hat. Ein andrer Fall der Straferhöhung nach der Novelle, wenn nämlich der Mann die Frau durch eine wissentlich falsch erhobene Kriminalanklage des Ehebruchs beschuldigte, kann nicht mehr vorkommen, weil strafrechtliche Verfolgung des Ehebruchs erst nach Scheidung der Ehe statthaft ist. So R.G. Bd. 11 S. 204. Dort wird auch mit Recht die Ansicht verworfen, daß die Privatstrafe wegen Ehebruchs durch das Strafgesetzbuch beseitigt sei.

6) Ortloff, juristische Abhandlungen Bd. 2 S. 74 vertheidigt die Verjährung der Ehescheidungsstrafen in einem Jahre. Dies wäre zweckmäßig, läßt sich aber bei der positiven Natur der Verjährungsbestimmungen ohne gesetzliche Grundlage nicht annehmen, und wurde daher vom R.G. Bd. 14 S. 181 mit Recht zurückgewiesen.

7) l. 8 § 7 C. de repudiis 5, 17.

8) In Rom stand der Ehefrau kein klagbarer Anspruch auf Alimente während der Ehe zu, vgl. oben Bd. 3 § 6, Windscheid Bd. 2 § 491 Anm. 2. Natürlich hatte sie hiernach in Rom auch keinen derartigen Anspruch nach der Ehescheidung. Die Frage ist aber, ob ihr ein solcher Anspruch heutzutage zusteht, da heute anerkanntermeise während der Ehe ein klagbarer Alimentationsanspruch besteht. Und diese Frage ist zu bejahen. Der Dolus des Ehemannes kann der Frau die Versorgung nicht entziehen. Dies hat auch die Praxis von jeher empfunden und überwiegend anerkannt. Das R.G. freilich Bd. 8 S. 186, Bd. 12 S. 192 hat sich für das Gegentheil entschieden. Allein seine Gründe sind unzulänglich. Es beginnt mit dem Satze: „Daß nach römischem Rechte die Alimentationsverbindlichkeit des Ehemannes mit der Scheidung der Ehe aufhört, ist unbestritten." Dies ist nicht richtig. Eine Alimentationsverbindlichkeit des Ehemannes bestand eben in Rom auch nicht während der Ehe, konnte also mit der Scheidung nicht „aufhören". Der erste Irrthum ist das Fundament weiterer. Das R.G. fährt fort: das römische Recht knüpft an die Schuld bei der Ehescheidung „nur gewisse Vermögensverluste zu Gunsten der Frau, die augenscheinlich einen Ersatz für die ihr aus der Scheidung erwachsenden Nachtheile im Ganzen bezwecken und eben deshalb die Annahme ausschließen, daß der Gesetzgeber an das Verhältniß des Ehemannes als des schuldigen Theils noch weitere Entschädigungspflichten habe knüpfen wollen". Hierüber ist zu bemerken: a) Nirgends findet sich eine Andeutung davon, daß der römische Gesetzgeber, indem er die Kapitalabfindungen vorschrieb, andere aus dem Wesen des Verhältnisses sich ergebende Nachtheile habe ausschließen wollen. b) Die römischen Gesetze wissen allerdings von einem Anspruche der geschiedenen Frau auf Alimente nichts. Dies beweist aber nichts. Seitdem die Frau während der Ehe klagbare Ansprüche auf Alimente hat, können sie ihr durch den Dolus des Ehemannes nicht verkümmert werden. Daran ändert auch nichts, worauf das R.G. Gewicht legt, daß die Schuld des Mannes die Scheidung nicht direkt herbeiführt, sondern daß diese durch das Urtheil geschieht. Denn der Kausalnexus kann nicht bestritten werden. c) Nach den byzantinischen socialen Verhältnissen genügte im Wesentlichen die Kapitalabfindung. Denn das Haupteinkommen war in jener Zeit das aus dem Kapitalbesitz. Ganz anders in Deutschland, wo Unzählige ohne nennenswerthes Kapital durch ihre Thätigkeit ein mehr oder minder reichliches Einkommen genießen. Muß es nicht demoralisirend wirken, wenn in solchen Fällen der ehebrecherische Mann in Fülle lebt und die unschuldige geschiedene Frau in Dürftigkeit verkommt? Diese Frage ist keine solche, daß es im Grunde gleichgültig ist, wie entschieden wird, wenn nur ein festes Recht besteht. Sie hat hohe ethische und sociale Bedeutung. Möge sie daher das Reichsgericht von Neuem in Erwägung ziehen und um der Gerechtigkeit willen von dem unzureichend motivirten Präjudiz zurücktreten.

den Fall der Dauer der Ehe bis zum Tode. Sie verlieren daher ihre Kraft durch die Eheſcheidung, mag ſie nun ſeitens des Honorirten verſchuldet ſein oder nicht.[9]

§ 27. Nachtheile der Wiederverheirathung.[1]

Die chriſtliche Kaiſerzeit mißbilligte eine neue Ehe, wenn Deſcendenten aus einer früheren vorhanden waren, vornehmlich bei Frauen, aber auch bei Männern. Daher trafen den Wiederheirathenden — parens binubus — zu Gunſten ſeiner Deſcendenten aus der früheren Ehe, die nicht undankbare waren, Vermögensnachtheile, wie auch andere Zurückſetzungen — poenae secundarum nuptiarum.

1. Nachtheile, welche ſowohl den Vater als die Mutter treffen, ſind:

a) Verluſt der lucra nuptialia[2] an die Deſcendenten der früheren Ehe. Ehegewinn iſt, was der Wiederheirathende als Gatte in Folge der früheren Ehe erworben hat, namentlich die dem Ehemanne aus der früheren Ehe verbliebene dos, ferner Schenkungen und Erwerb von Todeswegen nach Geſetz oder letztem Willen.

Die Deſcendenten erwerben dieſe lucra zu Eigenthum nach den Regeln, die für die Inteſtaterbfolge gelten, ohne Rückſicht darauf, ob ſie Erben ihres verſtorbenen parens geworden ſind.[3]

Dem conjux binubus bleibt Nießbrauch und Verwaltung.

b) Der Ehegatte kann dem neuen Gatten nicht mehr von Todes-

---

9) l. 49 § 6 D. de leg. III.; jedoch kann auch das Gegentheil beabſichtigt ſein. l. 3 D. de auro 34, 2. Uebrigens ſprechen die Quellen nur von Vermächtniſſen und Schenkungen von Todeswegen. Neuere übertragen den Satz auf die Erbeinſetzungen. Arndts § 416 am Schluſſe. Auch auf Ehe- und Erbverträge wird er anzuwenden ſein.

1) Tit. Cod. de secundis nuptiis 5, 9 und si secundo nupserit 5, 10, an deren Stelle Novelle 22 trat. Ueber die Geſchichte der poenae secundarum nuptiarum vgl. vorzugsweiſe Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 16 S. 31; ſiehe ferner Marezoll in Lindes Zeitſchrift Bd. 5 n. 23, Geiger in Lindes Zeitſchrift Bd. 19 n. 7, Bangerow Bd. 1 § 227 Anm. 1.

2) Die lucra nuptialia behandelt Marezoll in Lindes Zeitſchrift Bd. 3 S. 191. Beſtritten iſt unter anderem, ob auch die deutſche ſtatutariſche Erbportion der Wittwe im Falle der Wiederverheirathung an die Kinder der früheren Ehe fällt? Iſt dies auch im Zweifel anzunehmen, ſo iſt es doch unrichtig, wenn Marezoll a. a. O. S. 96 eine Ausnahme nur anerkennt, wenn das Statutarrecht „ausdrücklich" das Gegentheil beſtimme. Es kommt vielmehr in erſter Linie auf den irgendwie erkennbaren Sinn und die Meinung des Statutarrechtes an. — In vielen Fällen erwerben die Kinder der früheren Ehe ſchon unmittelbar mit dem Tode des Parens das Eigenthum der lucra nuptialia, ſo daß der Ueberlebende von vornherein nur Nießbrauch hat. Dann bringt deſſen Wiederverheirathung in dieſer Beziehung keine Veränderung hervor.

3) nov. 22 cap. 21 § 1, cap. 26 § 1.

wegen hinterlassen, als das wenigst begünstigte Kind der früheren Ehe von ihm von Todeswegen erhält.[4]

2. Nachtheile, die nur der Mutter zur Last fallen, sind:

a) Ist die Mutter gesetzliche Erbin eines Kindes der früheren Ehe, zugleich mit Geschwistern desselben, so reducirt sich ihr Erbtheil auf den bloßen Nießbrauch, während die Proprietät den Geschwistern des Verstorbenen oder deren Kindern anfällt.[5]

b) Die Mutter verliert bei der Wiederverheirathung die Fähigkeit zur Bekleidung der Vormundschaft über ihre Kinder[6] und das vorzugsweise Recht auf ihre Erziehung.[7 8]

Der vorversterbende Ehegatte kann dem überlebenden die Vermögensnachtheile der Wiederverheirathung letztwillig erlassen. Doch ist dies streitig.[9 10]

---

4) nov. 28 cap. 27 und 28, l. 6 C. h. t. 5, 9. Das Nähere im Erbrecht.

5) nov. 22 cap. 46. Streitfrage ist, ob dieser Nachtheil auch den Vater trifft. Hierfür sind viele Neuere, z. B. Geiger a. a. O. S. 204, Windscheid Bd. 2 § 511 Anm. 9. Sie führen aus, das Gesetz rede zwar nur von der Mutter, aber nur deshalb, weil zur Zeit seines Erlasses nur die Mutter und nicht der Vater regelrecht ein Intestaterbrecht gegenüber seinem Kinde neben dessen Geschwistern hatte. Seit durch die Novelle 118 auch der Vater ein Intestaterbrecht neben den Geschwistern seines Kindes gewonnen habe, müsse dem Vater gegenüber die gleiche Norm gelten wie für die Mutter, obgleich Justinian eine entsprechende Bestimmung zu treffen vergessen habe. Hierin liegt eine kühne und wenig zweckmäßige Ausdehnung einer Singularität. Gegen dieselbe Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 5 S. 397 und Vangerow a. a. O., insbesondere aber R.G. Bd. 4 S. 129.

6) Vgl. unten § 45 Anm. 1.

7) l. 1 C. ubi pupilli educentur 5, 49, nov. 22 cap. 38.

8) Meist werden noch weitere Nachtheile der neuen Ehe aufgezählt. Die Gesammtzahl steigt bei Geiger auf neun. Hierunter findet sich aber einiges, was selbstverständlich ist, z. B. daß das unter der Bedingung der Nichtwiederverheirathung Zugedachte im Falle der neuen Heirath ausfällt, sowie daß die zur neuen Ehe schreitende Frau die Würde und die Vorrechte des früheren Mannes verliert. Andere hierher gehörige Bestimmungen sind specieller Art, z. B. daß die Mutter die einem Kinde früherer Ehe gemachte Schenkung nur in ganz besonderen Fällen der Undankbarkeit widerrufen kann. Anderes endlich ist antiquirt oder doch nur in ganz seltenen Fällen praktisch. — Nicht gemeinrechtlich, aber weit verbreitet ist die Vorschrift, wonach der überlebende parens sich beim Uebergang zur neuen Ehe mit seinen Kindern auseinanderzusetzen und die Feststellung ihres Vermögens unter Zuziehung eines Kurators vorzunehmen hat. Vgl. preuß. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 95 Abs. 1.

9) Die Streitfrage knüpft sich an die nov. 2 cap. 2. Bereits die Glossatoren haben die Rubrik aufgestellt: „Ut poenam hac lege secundis nuptiis constitutam conjuges testamento sibi remittere possint.“ Die gemeine Meinung schloß sich der Bejahung an; jedoch hat es an Widerspruch nicht gefehlt, vgl. Glück Bd. 24 S. 164, Windscheid Bd. 2 § 511 Anm. 16, Vangerow a. a. O. Man wendet ein, die bezüglichen Verordnungen seien Prohibitiv- und keine Dispositivgesetze, so daß man ihnen durch Testament oder Vertrag nicht derogiren könne. Aber wenn die Gesetze gegenüber dem parens binubus gebietend sind, müssen sie um deswillen auch dem vorversterbenden Ehegatten gegenüber einen zwingenden Charakter haben? Majer in Lindes Zeitschrift n. F. Bd. 5 n. 7 sucht durch eine sorgfältige, aber recht

Dritter Abschnitt.

Die väterliche Gewalt und das Elternrecht.

Erstes Kapitel.

Entstehung und Endigung der väterlichen Gewalt.

§ 28. Eheliche Abstammung.

Die väterliche Gewalt in ihrer altrömischen Gestalt gab dem Vater schrankenloses Recht über die Person des Kindes und Eigenthum an seinem Erwerb.[1] Sie ist schon im justinianischen Rechte sehr gemildert, weit mehr noch in Deutschland.[2]

---

künstliche Interpretation der nov. 2 cap. 2 die gesetzliche Anerkennung des testamentarischen Erlasses wegzudeuten. Indessen, wenn es auch an einzelnen zweifelhaften Wendungen nicht fehlt, wie dies so oft in den Novellen der Fall ist, so spricht die Stelle unbefangen im Ganzen aufgefaßt für die Zulässigkeit des Erlasses. Dafür ist auch die überwiegende Praxis seit Jahrhunderten, die allerdings in neuerer Zeit erschüttert ist. Während man z. B. in Hannover lange der alten Tradition der Remissionsbefugniß folgte, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 9 n. 300, hat die entgegengesetzte Ansicht später obgesiegt. Seuffert Bd. 31 n. 148. Fragen wir aber noch, welche Ansicht zweckmäßiger ist, die traditionelle oder die widersprechende der Neueren, so ist davon auszugehen, daß der vorversterbende Ehegatte seine Dispositionen in der Regel so treffen wird, wie es dem Wohle seiner Kinder am besten entspricht, und daß dies Wohl nicht selten gerade dadurch gefördert wird, daß dem Ueberlebenden die Eingehung einer zweiten Ehe erleichtert wird.

10) Nur kurz ist hier der Strafen der Verletzung des s. g. Trauerjahres zu gedenken. In Rom sollte sich nämlich die Wittwe nach dem Tode ihres Mannes sowie nach einer Ehescheidung innerhalb eines Jahres nicht wieder verheirathen. Die Zuwiderhandlung wurde mit der Strafe der Infamie und schweren Vermögensnachtheilen belegt. Gleiche Strafe traf die Frau, welche innerhalb des Trauerjahres außerehelich konkumbirte und gebar. Das kanonische Recht hob die Strafe der Infamie für den Fall des Ueberganges zur weiteren Ehe innerhalb der Trauerzeit auf: cap. 4 X. de secundis nuptiis 4, 21. Die Praxis hat die römischen Strafen wegen Verletzung des Trauerjahrs in Folge dessen überhaupt nicht recipirt. Sie sind „allgemein in Vergessenheit gerathen". Mit Unrecht wollen sie gleichwohl manche neuere Theoretiker als gemeinrechtlich festhalten, soweit sie nicht durch das kanonische Recht besonders beseitigt sind. Vgl. über die Materie Geiger in Lindes Zeitschrift Bd. 19 S. 249. — Nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 35 dürfen Frauen erst nach Ablauf des zehnten Monats seit Beendigung der früheren Ehe eine weitere Ehe schließen. Das Hinderniß ist ein aufschiebendes; Dispensation ist zulässig.

1) Nur die Gallier und Galater hatten etwas der römischen väterlichen Gewalt Aehnliches. Gaj. Inst. I 55. Caesar, bell. Gall. 4, 19. Ueber die Partikularismen, welche die väterliche Gewalt in den römischen Provinzen annahm, vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 209.

2) Vgl. Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen, Separatabdruck aus dem Justizministerialblatt 1874. Karl Lehmann, die väterliche Gewalt im heutigen Europa in Iherings Jahrb. Bd. 25 n. 2.

Das ergiebt die Lehre ihrer Entstehung und Endigung, wie die ihrer Wirkungen.

Eheliche Kinder treten mit der Geburt in die Gewalt ihres Vaters. In Rom erstreckte sich die Gewalt des Hausvaters — mittelbar — auch auf eheliche Abkömmlinge gewaltuntergebener Söhne.[3] Dem gemeinen Rechte ist eine derartige großväterliche Gewalt fremd.[4]

Ehelich sind die in der Ehe durch die Ehegatten erzeugten Kinder, ferner aber auch in der Ehe von der Ehefrau geborene, welche der Ehemann vor der Ehe erzeugt hat.[5][6]

1. Von der Ehefrau am 182. Tage nach dem Eheschluße und später im Laufe der Ehe geborene Kinder sind als der ehelichen Verbindung entstammende und als ehelich anzusehen.[7] Aus dieser Stellung können sie nur durch gerichtliches Urtheil verdrängt werden, welches konstatirt, daß sie in der That nicht vom Ehemanne abstammen. Dies ist wie jede andere Thatsache durch überzeugende Gründe darzuthun. Die einleuchtendsten sind *Abwesenheit* des Ehemannes von der Frau während der ganzen Dauer der längstmöglichen Konzeptionszeit, ferner dessen *Impotenz*. Aber auch andere Umstände, die eine volle richterliche Ueberzeugung hervorrufen, genügen, z. B. die Frau lebt an dem Orte ihres Ehedomicils, aber von ihrem Manne getrennt, in offenem Konkubinat mit einem Dritten.[8] Der Nachweis des Ehebruches der

3) § 3 J. de patria potestate 1, 9.

4) R.G. Bd. 4 S. 151 führt aus, die väterliche Gewalt des Großvaters werde „heutzutage nicht leicht vorkommen".

5) Stintzing, Präsumtion der ehelichen Vaterschaft in Iherings Jahrbuch Bd. 9 n. 5; Fuchs, die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft 1880.

6) Viele Schriftsteller, z. B. Windscheid Bd. 1 § 56 b, behaupten, der Beweis der Vaterschaft sei „unmöglich", weil es sich um Vorgänge handele, die sich in ein Geheimniß hüllen. Nichts ist ungegründeter. Ein strikter physiologischer Beweis ist nicht zu führen, aber die vom Gesetze geforderte „freie richterliche Ueberzeugung der Wahrheit" ist wohl zu gewinnen. Welche enge Grenzen hätte die Beweisbarkeit, wenn nur das bewiesen werden könnte, was vor Augen gestellt werden kann. Die eheliche Vaterschaft ist für die Regel durch die Geburt in der Ehe bewiesen, da Ehebruch eine abnorme, verhältnißmäßig seltene Thatsache ist. Es ist für die ungeheure Mehrheit der Fälle Wahrheit, was l. 5 D. de in jus vocando 2, 4. Paulus libro 4 ad edictum ausspricht: „pater is est, quem nuptiae demonstrant". Damit ist nur, was ohnedies anzunehmen wäre, zur Rechtsvermuthung erhoben.

7) l. 12 D. de statu hominum 1, 5. Paulus libro 19 responsorum erklärt: Septimo mense nasci perfectum partum jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis: et ideo credendum est eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, justum filium esse. Dies würde nach römischer civiler Berechnung auf den 180. Tag hinführen. Aber l. 3 § 12 D. de suis et legitimis 38, 16, Ulpianus libro 14 ad Sabinum, entscheidet für den 182. Tag: De eo, qui centensimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius pontificibus rescripsit justo tempore videri natum. Die letztere Zeitbestimmung ist gemeinrechtlich in Theorie und Praxis recipirt.

8) Die klassische Stelle ist l. 6 D. de his qui sui vel alieni juris sunt 1, 6. Ul-

Frau während der Konzeptionszeit allein reicht dagegen nicht hin, wenn die Frau mit ihrem Ehemanne lebte, da dann das Kind trotz des Ehebruches vom Ehemanne stammen kann.[9] Sollte aber das Kind offenkundig von anderer Race sein als die Eheleute, z. B. sind diese Weiße, das Kind ein Mulatte, so ist es illegitim.

Kinder, welche von der Ehefrau während der Ehe vor dem 182. Tage nach dem Eheschlusse geboren werden, gelten gleichfalls als ehelich, jedoch nur, solange der Ehemann deren Legitimität nicht bestreitet. Hat er die Vaterschaft einmal ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt, so ist er zu ihrer nachträglichen Verleugnung nicht mehr befugt.[10]

2. Als ehelich ist ferner das Kind zu erachten, welches durch die ehemalige Ehefrau innerhalb 300 Tagen von Endigung der Ehe an geboren ist. Gegenbeweis ist zulässig.

Der Nachweis, daß ein noch später nachgeborenes Kind ehelich erzeugt sei, ist nicht schlechthin ausgeschlossen. Eine Vermuthung für seine Legitimität besteht aber nicht.[11]

Wer ist zur Bestreitung der Legitimität eines während der Ehe geborenen oder bis zum 300. Tage nachgeborenen Kindes befugt? In den Quellen ist nur von einer Anfechtung seitens des Ehemannes die Rede. Er ist in der Regel allein hierzu berechtigt. Ist er handlungsunfähig, so kann sein Vormund für ihn die Anfechtungsklage anstellen. Andere Interessirte sind — von Fällen einer Kollusion abge-

---

pianus libro 9 ad Sabinum: Filium eum definimus, qui ex viro et uxore ejus nascitur. sed si fingamus afuisse maritum verbi gratia per decennium reversum anniculum invenisse in domo suo, placet nobis Juliani sententia hunc non esse mariti filium. non tamen ferendum Julianus ait eum, qui cum uxore sua adsidue moratus nolit filium adgnoscere quasi non suum. sed mihi videtur, quod et Scaevola probat, si constet maritum aliquamdiu cum uxore non concubuisse infirmitate interveniente vel alia causa, vel si ea valetudine paterfamilias fuit, ut generare non possit, hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus filium non esse. Manche wollen nur die Berufung auf Abwesenheit oder Impotenz gestatten, weil nur dann die „Unmöglichkeit" der Erzeugung durch den Ehemann dargethan sei. Dies steht aber im Widerspruch mit der angeführten Entscheidung, insbesondere den Worten „vel alia causa". Vgl. Fuchs a. a. O. S. 59. R.G. Bd. 12 S. 166 schließt gegen die Präsumtion, daß das am 182. Tage nach dem Eheschlusse geborene Kind in der Ehe erzeugt sei, den Gegenbeweis aus der mangelnden Reife des Kindes aus „in Anbetracht der Unsicherheit der aus derartigen Beweisen zu ziehenden Ergebnisse".

9) l. 12 § 9 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5; Papinianus libro singulari de adulteriis . . . non utique crimen adulterii, quod mulieri obicitur, infanti praejudicat, cum possit et illa adultera esse et impubes defunctum patrem habuisse.

10) Vgl. Fuchs a. a. O. S. 19, S. 37.

11) Ziemlich schroff spricht sich aus l. 3 § 11 D. de suis et leg. 38, 16. Indessen steht fest, daß die Zeit der Schwangerschaft unter Umständen eine längere als 300 Tage ist, vgl. Fuchs a. a. O. S. 15. Es kann aber nicht gemeint sein, legitimen Kindern, weil sich ihre Geburt verzögert, die Rechte ehelicher zu nehmen.

ſehen — nur nach ſeinem Tode befugt, eine Frage zum gerichtlichen Austrag zu bringen, an der er zunächſt ein Intereſſe hat, und auch dies nur, wenn er nicht ſeinerſeits die Legitimität des Kindes anerkannte.[12 13]

3. Die Rechte ehelicher Kinder haben auch die in ungültiger oder nichtiger Ehe geborenen, wenn beide Ehegatten oder einer derſelben die öffentlich geſchloſſene Ehe für gültig hielten,[14] — Putativehe.

§ 29. Legitimation.

Uneheliche Kinder erhalten die Rechte von ehelichen durch Legitimation. Dieſe geſchieht:

a) durch Verheirathung der unehelichen Eltern — l. per subsequens matrimonium.[1 2] Die Vaterſchaft des Ehemannes iſt unumgängliche Vorausſetzung. Sie kann durch ihn mittels wörtlicher oder thatſächlicher Anerkennung feſtgeſtellt werden, es ſteht aber Gegenbeweis gegen dies Anerkenntniß offen.[3] Auch anderweiter Beweis der Vaterſchaft iſt zuläſſig.[4]

b) Durch Reſkript des Landesherrn auf Antrag des außerehelichen Vaters.[5] Der Antrag der Mutter oder des Kindes genügt, wenn

---

12) l. 1 §§ 6, 12, 16, l. 2, l. 3 pr. D. de agnosc. liberis 25, 3.

13) R.G. Bd. 18 S. 184 läßt jedoch die Klage des Kindes auf Verneinung der Vaterſchaft deſſen zu, der nach geſetzlicher Vermuthung als ſein Vater gilt.

14) cap. 2, 8, 14, 15; X. qui filii sint legitimi 4, 7. Das kanoniſche Recht forderte Eingehung der Ehe „in facie ecclesiae“. Derzeit muß für Ehen, die im Reichsgebiete geſchloſſen ſind, Abſchluß beim Standesbeamten erfordert werden.

1) Dieck, Beiträge zur Legitimation durch nachfolgende Ehe 1832; Wolf, legitimatio per subsequens matrimonium 1881.

2) Im römiſchen Rechte bezog ſich die Legitimation ausſchließlich auf Konkubinenkinder — liberi naturales. Zunächſt waren, um zur Ehe mit der Konkubine zu beſtimmen, temporäre Verordnungen von Konſtantin, Zeno und Anaſtaſius erlaſſen worden, wonach wer mit einer Konkubine Kinder erzeugt hatte, ſie durch Heirath mit der Mutter legitimirte. Juſtinian machte die ſ. g. legitimatio per subsequens matrimonium zu einem dauernden Rechtsinſtitute in l. 10 C. de naturalibus liberis 5, 27, woran ſich die l. 11 C. eod., ferner nov. 74 und nov. 89 cap. 8 anſchloſſen. Nach kanoniſchem Rechte kommt es für die Legitimation nicht mehr darauf an, ob die außereheliche Erzeugung in einem dauernden Konkubinat oder ſonſt geſchah; l. 1 und 6 X. qui filii sint legitimi 4, 17. Dies iſt gemeinrechtlich.

3) R.G. Bd. 22 S. 223.

4) Dies führt mit Recht Wolf a. a. O. aus, aber er ſtellt an den Beweis ſolche Anforderungen, daß derſelbe nur in den allerſeltenſten Fällen gelingen könnte. Nichts Anderes muß nachgewieſen ſein, als daß der Ehemann ſeiner ſpäteren Frau in der Konzeptionszeit ihres vor der Ehe geborenen Kindes beigewohnt hat. Dieſe Momente genügen, um dem Richter die Ueberzeugung der Vaterſchaft des ſpäteren Ehemannes beizubringen. Dem Ehemann ſteht jedoch der Gegenbeweis offen, daß die ſpätere Frau in der kritiſchen Zeit auch mit Anderen zu thun hatte.

5) Ueber dieſe Legitimation vgl. nov. 74 pr. cap. 1 und 2, nov. 89 cap. 9 Stölzel a. a. O. S. 10.

der verstorbene Vater den Willen der Legitimation testamentarisch geäußert hat.[6]

Das Reskript ist Gnadensache.[7] Es wird herkömmlich nur ertheilt, wenn die Heirath mit der Mutter unmöglich oder unpassend ist, und wenn keine ehelichen Kinder des Erzeugers vorhanden sind.[8] —

Das Kind erhält die Rechte eines ehelichen durch die Legitimation auch ohne seine Einwilligung; in die väterliche Gewalt tritt es aber nur in Folge seiner Zustimmung.[9]

Der Legitimirte gilt wie ehelich erzeugt nicht bloß im Verhältniß zum Vater, sondern auch zu den Verwandten des Vaters.

§ 30. Die Adoption.[1]

Die altrömische Adoption war ein Institut von religiöser und politischer Bedeutung. Sie hatte den Zweck der Erhaltung der Ge-

---

6) nov. 74 cap. 2 § 1, nov. 89 cap. 10, s. g. legitimatio per testamentum.

7) Die Ertheilung der Legitimation wurde vom Kaiser im alten deutschen Reich den s. g. Pfalzgrafen delegirt, eine Würde, welche unter anderem dem berühmten Pandektisten Samuel Stryk im Jahre 1672 verliehen wurde. Stryk theilt im usus modernus Pandectarum zu Tit. I 6 § 15 den bezüglichen Text der Bestallung mit. „Der mehrgedachte S. S. soll und mag auch Mann und Weibsperson, edel und unedel — allein Fürsten, Grafen und Freiherrn ausgenommen — jung und alt, so außerhalb der heiligen Ehe geboren, sie seynd gleich von Ledigen einer oder zweier ehelich verheiratheten, zu nahe gesipten, befreundten oder verschwägerten Personen oder aus anderen in Rechten verbotenen Vermischungen, wie die alle sämmtlichen oder besonders geschehen und fürgangen oder immer Namen haben möchten erzeuget, legitimiren und ehelich machen" u. s. w. — Derzeit ist in Preußen vom Könige das Recht dem Justizminister delegirt, soweit es sich nicht um Führung eines adeligen Namens handelt.

8) Zu erwähnen sind zwei Streitfragen: a) Manche Juristen stellen die s. g. fictio retrotractiva auf, indem sie folgern, daß die Legitimation nur möglich sei, wenn die Eltern zur Zeit der Erzeugung hätten Eheleute sein können. Es ist dies willkürlich, vgl. Thibaut, Versuche I n. 10. Dennoch hat diese Idee, wie Stölzel a. a. O. mittheilt, die Praxis des preußischen Justizministeriums wesentlich beeinflußt. Daher hat dasselbe unter anderem die Legitimation von in Blutschande erzeugten, ferner von Kindern eines katholischen Geistlichen versagt. b) Ob die Legitimation eines adulterinus statthaft ist, gehört zu den famosen Streitfragen des gemeinen Rechtes. Dafür ist namentlich Dieck a. a. O. S. 143, Bangerow Bd. 1 § 255 Anm. 2 S. 472. Aus der Bestallung, die in Anm. 7 mitgetheilt ist, geht hervor, daß die Legitimation im alten deutschen Reich auch auf incestuosi und adulterini erstreckt wurde.

9) Auch dies ist bestritten. Das justinianische Recht forderte die Einwilligung des Kindes zum Eintritte desselben in die Gewalt des Erzeugers, nov. 89 cap. 11. Das kanonische Recht stellt die Legitimation als die unmittelbare und nothwendige Folge der Ehe hin, cap. 6 X. qui filii sint legitimi 4, 17. Alexander III: Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur. Hiernach erachteten die Kanonisten den Widerspruch des Kindes als nicht ausreichend, um die Legitimation zu hindern; Schulte, katholisches Eherecht S. 405. Beides vereinigt der im Texte entwickelte, von vielen Neueren vertheidigte Satz. Mit Unrecht wirft man ihm Inkonsequenz vor. Er vermittelt

schlechter. Ihr Wesen war daher *Eintritt des Adoptivkindes in die väterliche Gewalt und in die Agnatenfamilie des Adoptivvaters.*[2]

Die heutige Adoption hat einen rein bürgerlichen und Familiencharakter. Sie ist *Begründung eines Kindesverhältnisses* durch Rechtsgeschäft. Diese Umbildung wurde bereits im späteren römischen Rechte eingeleitet.

1. Seit alter Zeit zerfiel die Adoption Roms in zwei Hauptarten.

a) *Adoption im engeren Sinne* ist Kindesannahme eines *Hauskindes*. Sie vollzieht sich durch persönliche Erklärungen des natürlichen und des Adoptivvaters vor Gericht in Gegenwart des Kindes, welches nicht widerspricht.[3]

b) Die *Arrogation* ist Kindesannahme eines *bisher gewaltfreien Menschen*. Ursprünglich bedurfte es einer Rogation beim Volke und eines Volksschlusses;[4] daher der Name. Später trat ein kaiserliches Reskript an die Stelle.[5] Dasselbe fordert den Antrag des Adoptivvaters und die Zustimmung des Adoptivkindes, wenn es minderjährig ist, Einwilligung der Vormundschaft. Vorgängige Prüfung der Legalität und der Sachgemäßheit der Arrogation hat stattzufinden. Unter Anderem soll der Arrogirende 60 Jahre alt sein.[6] Wer einen Unmündigen arrogirt, muß ihm ein Viertel seines Vermögens auf den Todesfall zuwenden — quarta divi Pii.[7][8]

---

vielmehr in zweckmäßiger Weise und wird den in Betracht kommenden Rücksichten gerecht. Anders Wolf a. a. O. Dort ist die neuere Litteratur angeführt.

1) Tit. Inst. de adoptionibus 1, 11, Dig. 1, 7, Cod. 8, 47.

2) l. 23 D. h. t. 1, 7.

3) In der klassischen Zeit vollzog sich die adoptio durch eine in jure cessio vor dem Prätor, wozu dann noch, um den filius von seinem natürlichen Vater los zu machen, mit Rücksicht auf die Worte der 12 Tafeln, drei Mancipationen desselben kamen, Gajus Inst. I § 134. — Es ist anzunehmen, daß diese so künstliche Form erst in der republikanischen Zeit aufkam, und daß ursprünglich die Adoptionen von homines alieni wie sui juris nur durch Volksschluß möglich waren. — Justinian ordnete die Form der Adoption im engeren Sinne neu unter Abschneidung der alten Weitläufigkeiten l. 11 C. h. t. 8, 47.

4) Gajus Inst. I § 99. Gellius, noctes atticae V § 19.

5) l. 6 C. h. t. 8, 47.

6) l. 15 § 2 D. h. t. 1, 7.

7) Nach älterem Rechte war die Arrogation unmündiger Personen unzulässig. Dies änderte sich durch Antoninus Pius, Gajus Inst. I § 102. Doch war Sicherheit bezüglich der Herausgabe des Kindesvermögens zu bestellen, und zwar an die, welchen dasselbe zugekommen wäre, wenn die Arrogation nicht stattgefunden hätte, l. 13 ff. D. h. t. 1, 7. Dazu kam die Verpflichtung der Hinterlassung der Quart des Vermögens der Adoptirenden. l. 2 pr. C. h. t. 8, 47.

8) In einigen gemeinrechtlichen Landestheilen ist jede Annahme an Kindesstatt an die landesherrliche Entscheidung gebunden, in anderen wird auch die Arrogation

2. Für beide Arten der Adoption ist hervorzuheben:

a) Der Adoptirende mußte in Rom ein Mann sein; Frauen konnten indessen zum Ersatze verlorener Kinder adoptiren.[9]

Gemeinrechtlich sind Frauen zur Kindesannahme fähig. Namentlich ist zulässig, daß Ehemann und Ehefrau zusammen adoptiren.[10]

b) Der Adoptirende muß 18 Jahre älter sein als das Adoptivkind, da man den Satz aufstellte, daß die Adoption ein Abbild der Natur sein solle.[11]

Der Adoption unehelicher Kinder durch den unehelichen Vater steht nichts im Wege. Sie ist gerade ein häufiger Fall.[12]

3. Bedingungen und Zeitbestimmungen läßt die Adoption nicht zu. Sie ist auch in dieser Hinsicht der Natur ähnlich.[13]

4. Die Wirkungen der Adoption gestalteten sich nach justinianischem Rechte sehr verschieden.

a) Die *Arrogation* gab dem Adoptivvater die väterliche Gewalt über das Adoptivkind und bewirkte dessen Eintritt in die Agnatenfamilie des Adoptivvaters.

b) Dasselbe galt bei der s. g. *vollkommenen Adoption*, wenn der leibliche Vater sein Kind einem *leiblichen Ascendenten desselben* zur Adoption giebt.

c) Ganz anders verhielt es sich bei der von Justinian geschaffenen *unvollkommenen* Adoption, wenn der leibliche Vater sein Kind Jemandem zur Adoption giebt, welcher *nicht Ascendent desselben*

---

vor den Gerichten vollzogen; nur in einigen hielt man an der römischen Unterscheidung bezüglich der Form von Adoption und Arrogation fest. Vgl. Stölzel in Gruchots Beiträgen Bd. 23 S. 329.

9) § 10 J. h. t., l 11, l, 5 C. h. t. 8, 47.

10) Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt S. 14.

11) § 14 I. h. t. l. 11. Dem älteren Rechte gehörte dieses Erforderniß nicht an. Als sich Clodius behufs der Erlangung des Volkstribunates durch einen Plebejer adoptiren ließ, zugleich aber bemüht war, den Akt zu einer Farce zu machen, nahm er einen Jüngeren als er war zum Adoptivvater. Cicero pro domo 18, 14. Zur Zeit von Gajus war die Zulässigkeit der Adoption durch jüngere Personen Streitfrage. Gajus Inst. I § 106.

12) Meist lehrt man die Unzulässigkeit der Arrogation unehelicher Kinder des Adoptirenden. Die l. 46 D. h. l. 1, 7 erkennt die Zulässigkeit zwar in einem besonderen Falle an, dagegen verwirft Kaiser Justinus allerdings derartige Adoptionen in der l. 7 § 3 C. de naturalibus liberis 5, 27 und Justinian bestätigt dies nov. 74 cap. 3, nov. 89 cap. 7. Hierin lag jedoch sicher nicht der Gedanke, daß der Kaiser sich die Macht, Arrogationen Unehelicher vorzunehmen, entziehen wolle, sondern nur eine Proklamation dessen, was er bezüglich solcher Gesuche zu thun gedenke. Gemeinrechtlich läßt man daher derartige Arrogationen unbedenklich zu. Stölzel, väterliche Gewalt S. 15, vgl. R.G. Bd. 6 S. 171.

13) l. 34 D. h. t. 1, 7.

ist. Diese Adoption bewirkte nichts Anderes, als ein Intestaterbrecht des Kindes gegenüber dem Adoptivvater.[14]

d) Die Adoption durch eine Frau setzte den Adoptirten in das Verhältniß eines leiblichen Kindes zu seiner Adoptivmutter.[15]

Gemeinrechtlich sind die Verschiedenheiten erheblich abgeschwächt, jedoch keineswegs schlechthin beseitigt.

Gemeinsam ist nach deutscher Auffassung allen Arten der Adoption, daß sie ein persönliches Kindesverhältniß zwischen dem Adoptirenden und dem Adoptivkind und dessen Nachkommen begründet. Sekundär gesellt sich noch bei Arrogation und vollkommener Adoption die väterliche Gewalt hinzu, deren Fortbestehen jedoch keineswegs mehr Bedingung der Erhaltung des Kindesverhältnisses ist.

Die Adoption begründet heutzutage in keinem Falle Agnation mit den Agnaten des Adoptivvaters.[16]

§ 31. Beendigung der väterlichen Gewalt.

Bezüglich der Dauer der väterlichen Gewalt bestehen bei den indogermanischen Nationen zwei Grundsysteme, welche wir das römische und das germanische nennen können:

1. In Rom blieb die Familie unter der Gewalt des paterfamilias bis zu dessen Tode.[1] Ohne Zweifel wirthschaftete sie meist auch thatsächlich zusammen in demselben Hause, solange der Stammherr lebte. Zulässig war Emanzipation, d. h. Entlassung aus der Gewalt durch den Willen des Vaters. Sie geschah[2] entweder durch eine Erklärung des Vaters bei Gericht in Gegenwart des Kindes, welches nicht widersprach[3] — s. g. emancipatio Justinianea, oder — was wichtig war, wenn Vater und Kind an verschiedenen Orten wohnten — durch Reskript des Regenten auf Antrag des Vaters unter Zustimmung des Kindes — emancipatio Anastasiana.[4]

14) Die Unterscheidung zwischen der s. g. adoptio plena und minus plena hat Justinian in der l. 10 C. h. t. 8, 47 eingeführt.

15) l. 5 C. h. t. 8, 47.

16) R.G. Bd. 6 S. 171.

1) In Rom fielen die Enkel, wenn ihr Vater lebte und in der Gewalt seines Vaters gestanden hatte, nach dem Tode des Großvaters in die Gewalt ihres Vaters, pr. J. quibus modis jus potestatis 1, 12. Dies ist nicht gemeinrechtlich, siehe oben § 28 Anm. 4. — Dem Tode stand die capitis deminutio gleich. — Dagegen endigt die Gewalt des natürlichen Vaters noch durch adoptio plena seines Kindes, § 8 J. quibus modis jus 1, 12.

2) Ueber die Form der Emancipation vor Justinian, vgl. Gajus Inst. I § 132; Keller, Institutionen S. 204, siehe aber aber auch Mitteis, Reichsrecht S. 216.

3) l. 6 C. de emancipationibus 8, 48.

4) l. 5 C. h. t. 8, 48.

Die Emanzipation war Gnade des Vaters; dieser behielt zur Entschädigung — als praemium emancipationis — die Hälfte des Nießbrauches an den Adventicien seines Kindes.

Emanzipation in römischer Art ist in Deutschland nicht unzulässig, aber sehr selten.[5]

2. Nach der germanischen Auffassung endigt die Gewalt des Vaters, wenn sein Kind fähig wird, sich selbst vorzustehen.

Dies gilt gemeinrechtlich nicht ohne weiteres als Folge der Volljährigkeit des Kindes. Die Beendigung tritt vielmehr — durch s. g. emancipatio Germanica oder Saxonica — ein:

a) bei Söhnen mit Errichtung einer eigenen Wirthschaft — separata oeconomia. Sie liegt in der Betreibung eines selbständigen Gewerbes, in der Bekleidung eines öffentlichen Amtes und selbst darin, daß man eine Beschäftigung in dem Gewerbe eines Anderen erhält, in der man seinen Lebensberuf findet. Großjährige kann der Vater an der Separation nicht hindern.

b) Bei Töchtern knüpft sich die Endigung der Gewalt an deren Verheirathung. Gemäß der heutigen socialen Verhältnisse ist auch die Endigung der Gewalt über die Tochter anzunehmen, falls sie ein selbständiges Gewerbe betreibt.

Von einem praemium emancipationis ist heutzutage keine Rede mehr.

In einigen Fällen endigt die Gewalt auch zur Strafe des Vaters wegen schwerer Verfehlungen desselben.[6]

Die Gewalt ruht, wenn der Vater zu ihrer Ausübung unfähig wird.[7 8]

---

5) Ueber die griechische Verfassung — apokeryxis — und deren Fortbestehen in der Praxis römischer Provinzen vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 212.

6) Zur Strafe erlischt die väterliche Gewalt wegen Aussetzung des Kindes l. 2 C. de infantibus expositis 8, 51, wegen Verkuppelung der Töchter l. 6 C. de spectaculis 11, 41 und wegen Eingehung einer blutschänderischen Ehe nov. 12 cap. 2. Daß der letztere Fall durch die Reichsgesetzgebung beseitigt sei, behaupten ohne zureichenden Grund Windscheid Bd. 2 § 525 Anm. 18 und Mandry, Reichsgesetze S. 230. Auch abgesehen von diesen Fällen kann das Vormundschaftsgericht bei schlechter Behandlung des Kindes die Endigung der väterlichen Gewalt beschließen. Denn der Umweg des römischen Rechtes, daß der Vater zur Emancipation „gezwungen wird" — l. 5 D. si a parente 37, 12 — ist dem heutigen Verfahren fremd.

7) Gewisse Würden befreiten im spätereren Rom von der väterlichen Gewalt. Unter diesen kommt nur noch die des Bischofs vor. Es ist aber der Bischof bei uns schon aus anderem Grunde gewaltfrei, weil er nämlich eine separirte Oekonomie hat.

8) Das Ruhen der väterlichen Gewalt im Falle der Geisteskrankheit des Vaters ist gemeinrechtlich anerkannt; die Römer, welche einseitig das Recht des Vaters betonten, wissen hiervon nichts. l. 8 D. de his, qui sui vel alieni juris 1, 6.

Zweites Kapitel.

Das Vermögensrecht der Hauskinder.[1]

§ 32. Geschichte des Rechtes des Hausvaters.

Nach altrömischem Rechte wurde Alles dem Hausvater zu eigen, was seine Hauskinder erwarben.[2]

Natürlich hatten die Hauskinder, welche mit dem Vater wirthschafteten, bei dessen Lebzeiten in der Regel den Mitgenuß des väterlichen Vermögens, sie wurden auch bei dessen Tode von Rechtswegen dessen Erben, wenn sie nicht rechtsförmlich enterbt waren. Um deswillen behaupten Manche ein Gesammteigenthum der freien Hausgenossen an dem Patrimonium des römischen Hauses, ähnlich wie solches auf griechischem und germanischem Boden bestand.[3] Doch damit verkennt man die specifische Eigenthümlichkeit des römischen Rechts. Der Hausvater war vielmehr der Alleineigenthümer des Vermögens des Hauses, die Kinder hatten kein Recht an demselben.

Die starre Vermögenseinheit wurde dadurch gemildert, daß Hauskinder wie Sklaven nicht selten ein Sondervermögen — peculium[4] — durch Konzession des Hausvaters erhielten. Auch dies Vermögen gehörte rechtlich ausschließlich dem Hausvater; er konnte es jederzeit einziehen; es bildete bei seinem Tode einen Bestandtheil seines Nachlasses. Thatsächlich aber unterstand es dem Hauskinde.[5]

Die wichtigste Konsequenz der Einräumung eines Pekuliums war, daß der Vater bis zum Betrage des Pekuliums aus den kontraktlichen Schulden des Hausuntergebenen mit der actio de peculio belangbar

1) Mandry, das gemeine Familiengüterrecht Bd. 1 1871, Bd. 2 1876.

2) Gajus Inst. II § 87. Igitur, quod libri nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirant, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

3) Brinz, Pandekten Bd. 3 S. 614 Anm. 2.

4) Vgl. Mandry, über Begriff und Wesen des Pekulium 1869: Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 1. Dort siehe S. 2 Anm. 1 die Litteratur über das Pekulium. Das Pekulium wird bei den Byzantinern und der Glosse sowie bei den Neueren „profecticium“ genannt, d. h. das vom Vater stammende, im Gegensatze zu anderem Kindeserwerbe, dem „adventicium“, welches aber im justinianischen Rechte in Wahrheit kein „peculium“ mehr ist.

5) Das peculium wird von den Römern definirt als „veluti patrimonium filiorum filiarumque, item servorum“ § 10 I. de act. 4, 6; l. 47 § 6 D. de peculio 15, 1. Es ist Vermögen, welches thatsächlich der gewaltunterworfenen Person, rechtlich deren Gewalthaber gehört: Mandry, Familiengüterrecht Bd. 2 S. 6. Es entsteht nur durch die Konzession des Hausvaters: Mandry a. a. O. Bd. 2 S. 69.

war.[6] Diese Haftung bezog sich keineswegs bloß auf Schulden, welche das Hauskind in Folge einer Ermächtigung des Hausvaters kontrahirt hatte, sondern auch auf diejenigen, die es ohne den Willen des Vaters, ja gegen dessen Verbot, eingegangen hatte.[7]

Obligationen zwischen den durch eine Gewalt verbundenen Personen waren klaglos, also bloß natürliche.[8]

Die alte Organisation des Hauses erhielt sich rein bis zum Anfang der Kaiserzeit. Von da an erfuhr sie allmählich Modifikationen.

1. Gewisse Vermögen erwirbt das Hauskind zu Eigenthum und zu eigener Verwaltung — freies Kindesgut. Dahin gehört das peculium castrense, d. h. der Erwerb des Hausſohnes in Folge des Kriegsdienstes, ferner das peculium quasi castrense, vorzugsweise Erwerb als Beamter, Advokat, Geistlicher, endlich die irregulären Adventicien, d. h. Erwerb des Kindes, welcher nach besonderer Bestimmung von dem Nießbrauche und der Verwaltung des Vaters frei ist.

2. Hiervon abgesehen, wurde der Erwerb des Kindes, welcher nicht vom Vater stammt, zwar dem Kinde zu eigen, trat aber in den Nießbrauch und in die Verwaltung des Vaters — reguläres Adventizgut oder unfreies Kindesgut.

In Deutschland traten weitere Veränderungen ein, welche dem Familiengüterrechte ein neues Gepräge gaben.

1. Ein Pekulium im römischen Sinne ist dem gemeinen Rechte unbekannt.

Natürlich kann auch nach heutigem Rechte der Hausvater seinem Kinde gewisse Theile seines Vermögens zur Verwaltung und zum Genusse überlassen. Es überträgt z. B. ein Vater seinem Sohne die Administration eines seiner Güter. Hierin liegt aber nichts Anderes

---

6) Ueber die Pekulienklagen vgl. oben Bd. 2 S. 39 Anm. 6.

7) l. 18 § 4 D. de instit. a. 14, 3.

8) § 6 I. de inutilibus stipulationibus 3, 19, l. 2 pr. D. de contr. empt. 18, 1, l. 7 D. de obl. et act. 44. 7. Von der Pfordten, Abhandlungen n. 2. „Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen", Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 150. Gewöhnlich führt man die Ausschließung klagbarer Obligationen zwischen Hausgenossen auf die s. g. Personeneinheit zurück, die zwischen Hausvater und Hauskind bestehe. In der That finden sich Anklänge an diesen Gedanken in den Rechtsquellen. So sagt Justinian in der l. 11 § 1 C. de impub. substit. 6, 26: „cum et natura pater et filius eadem persona paene intelleguntur" und § 4 I. de inut. stip. 3, 19: „quia vox tua tamquam filii sit, sicuti filii vox tamquam tua intellegitur in his rebus quae tibi adquiri possunt". Wörtlich ist dies nicht zu nehmen. Es ist nichts gemeint, als daß das Haus nach außen hin als eine Einheit gilt, so daß die Streitigkeiten zwischen den Familiengliedern innerhalb desselben zu erledigen sind und nicht vor die Gerichte gebracht werden können. Die Neueren polemisiren meist gegen den Begriff der Personeneinheit. Vgl. die bei Arndts § 435 Anm. Citirten.

als Mandat und Vollmacht. Der Hausvater haftet also aus Geschäften, welche jener Haussohn zu den Zwecken der Gutsadministration vornahm, persönlich und keineswegs bloß bis zum Betrage des Werthes des Gutes, welches er ihm überließ, wie bei der Pekulienklage der Fall war. Dagegen steht er nur für Schulden ein, welche in den Kreis der Vollmacht des Hauskindes fallen, also z. B. keineswegs wegen etwaiger Börsenspekulationen jenes Hauskindes, während er mit der Pekulienklage auch für solche Schulden belangbar war.[9]

2. Der Satz, daß zwischen den in einer Hausgewalt stehenden Personen klagbare Geschäfte nicht möglich seien, ist dem gemeinen Rechte fremd. Es kann daher das großjährige Hauskind selbständig und das minderjährige unter Zustimmung eines Pflegers mit seinem Hausvater klagbare Rechtsgeschäfte abschließen.[10 11]

§ 33. Die Ausbildung des unfreien Kindesvermögens.[1]

Nach justinianischem Rechte gehört dem Hauskinde Alles, was es nicht aus dem väterlichen Vermögen erwirbt; sein Hausvater aber hat in der Regel den Nießbrauch und die Verwaltung des Kindesvermögens.[2]

Dasselbe kann man daher zutreffend „unfreies Kindesgut" nennen; gewöhnlich bezeichnet man es aber als „reguläres Adventizgut" im Gegensatz zu dem aus der Substanz des väterlichen Vermögens in die Hand des Kindes gelangten profecticium.[3]

Noch im Beginne der christlichen Kaiserzeit gehörten die Adventicien des Kindes dem Hausvater. Aber Konstantin sicherte den Kindern ihr

9) Daß das Pekulium im römischen Sinne nicht mehr „praktisch" sei, behauptet Savigny, Obl.R. Bd. 1 S. 52, ebenso Brinz Bd. 3 S. 661. Doch gehört auch diese Frage zu den bestrittenen. Eine Anwendung der actio de peculio oder gar der actio tributoria haben jedoch die Gegner nicht nachweisen können.

10) Allgemein anerkannt ist die Geltung von solchen Verträgen, welche zu einer Endigung der Gewalt führen, insbesondere von solchen über Gutsüberlassung. Aber die Praxis der meisten Gerichte geht weiter und verneint die „Personeneinheit" überhaupt. So namentlich R.G. Bd. 16 S. 113; vgl. Stölzel, väterliche Gewalt § 9, dagegen Brinz Bd. 3 S. 662.

11) Auch Schenkungen des Vaters an das Kind sind gemeinrechtlich gültig, da der Grundsatz weggefallen ist, aus dem deren Ungültigkeit im römischen Rechte folgte. Vgl. die bei Stölzel a. a. O. S. 25 Anm. 7 Citirten. Diese Schenkungen sind je nach der Absicht des Vaters „freies" oder auch „unfreies" Kindesgut.

1) Tit. Cod. de bonis maternis et materni generis 6, 60, de bonis quae... liberis... adquiruntur 6, 61. Marezoll, Revision der Lehre von den s. g. Adventicien in Lindes Zeitschrift Bd. 8 n. 2, 6, 9.

2) § 1 I. per quas personas 2, 9, l. 6 pr. § 1 C. h. t. 6, 61.

3) Im Gebrauche ist auch der Name „peculium adventicium". Gewiß wenig glücklich. Das peculium war im Eigenthume des Vaters, aber im Genusse des

Muttergut für den Fall des Todes des Vaters.[4] Anderer Kindeserwerb wurde später gleichgestellt.[5] Allmählich entwickelte sich hieraus die Vorstellung, daß das Kind Eigenthümer der Adventicien sei und daß sich das Recht des Vaters auf Nießbrauch und Verwaltung beschränke.[6] Immerhin wirkte die alte Auffassung in folgenden Sätzen nach:[7]

a) der Vater ist berechtigt, einen dem Kinde angetragenen Erwerb, z. B. Erbschaften und Vermächtnisse, welchen dieses zurückweist, für sich in Anspruch zu nehmen.

Dies gilt als gemeinrechtlich.

b) Der väterliche Nießbrauch und die Verwaltung erlosch in Rom nicht schlechthin mit der Gewalt des Vaters. Er dauerte namentlich im Falle des Todes des Kindes fort, wenn der Vater nicht an dessen Erbschaft betheiligt war.[8]

Gemeinrechtlich endigt dagegen das Nießbrauchsrecht des Vaters unbedingt mit dessen Gewalt.[9]

§ 34. Das unfreie Kindesgut im Einzelnen.[1]

Der Vater hat am unfreien Kindesgut Nießbrauch und Verwaltung.[2] Aber diese Befugnisse sind von den gewöhnlichen Begriffen des Nießbrauches und der Verwaltung wesentlich verschieden.[3]

Kindes, das unfreie Kindesgut ist im Eigenthume des Kindes, aber im Nießbrauche und in der Verwaltung des Vaters, vgl. übrigens Marezoll a. a. O. S. 58.

4) l. 1 C. h. t. 6, 60, l. 1 C. Theod. de bonis maternis 8, 18 vom Jahre 319. Konstantin schloß sich hierbei an die griechische Rechtsanschauung an, die auch unter der Herrschaft des römischen Rechts nicht ausgestorben war; Mitteis, Reichsrecht S. 211.

5) Durch die l. 2 C. h. t. 6, 60 wurde Erwerb von der Mutterseite gleichgestellt, später auch Erwerb vom Ehegatten des Hauskindes l. 1 C. h. t. 6, 61.

6) Darüber, daß der Vater mindestens bis Theodosius II. Eigenthümer des Kindesgutes blieb, daß dies aber ein praecipuum aus der Erbschaft des Vaters für das Kind bildete und durch ein Veräußerungsverbot gegen Entfremdung seitens des Vaters gesichert war, vgl. Brinz, Bd. 3 S. 644, Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 24 S. 248.

7) l. 8 C. h. t. 6, 61.

8) Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 13 n. 9: „Wie geht das väterliche Recht an den Adventicien verloren?" Vangerow Bd. 1 § 236 Anm. 3, Brinz Bd. 2 S. 651.

9) Vgl. Arndts § 436. Wendt, Pand. § 311 Anm. 3.

1) Völk in den Blättern für Rechtsanwendung. 1890. Ergänzungsband n. 1. bis 8.

2) l. 1 ff. C. h. t. 6, 60, l. 6 § 1 C. h. t. 6, 61 von Justinian, l. 6 § 2 C. eod. Et gubernatio earum sit penitus impunita et nullo modo audeat filius familias vel filia vel deinceps persona vetare eum, cujus in potestate sunt, easdem res tenere aut quomodo voluerit gubernare.

3) Marezoll a. a. O. S. 362.

1. Die Bewirthschaftung durch den Vater ist eine freiere; er darf wesentliche Veränderungen vornehmen. Eine Nießbrauchskaution hat er nicht zu leisten.[4]

2. Die Verwaltung des Kindesgutes geschieht aus eigenem Rechte, nicht in Vertretung des Hauskindes.[5]

An die Zustimmung seines Kindes ist der Vater daher nicht gebunden, auch wenn dieses großjährig ist; jedoch soll er die Einwilligung des großjährigen anwesenden Kindes bei Führung von Prozessen einholen.[6]

Rechnung braucht der Vater seinem Hauskinde nicht zu legen, weil er die Verwaltung für eigene Rechnung führt. Aber wegen nachweisbarer Verschuldung haftet auch er.[7]

Dem Vater ist die Veräußerung der Substanz nicht gestattet, abgesehen von unnützen Sachen und wegen Schulden des Kindes.[8]

Es ist übrigens nicht zu bezweifeln, daß der Vater unter Einwilligung des großjährigen Kindes veräußern kann. Und eine Veräußerung wegen Nutzens, unter Zustimmung eines zu diesem Zwecke bestellten Kurators des minderjährigen Kindes, ist gleichfalls als gültig anzusehen.[9]

3. Gemäß deutscher Rechtsauffassung hat der Vater die natürliche Vormundschaft über seine minderjährigen Kinder. In Gemäßheit derselben kann er solche Kinder persönlich durch Geschäfte

---

4) l. 8 § 4d C. h. t. 6, 61: „paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus".

5) Marezoll a. a. O. S. 372.

6) l. 8 § 3 C. h. t. 6, 61 spricht von Mündigen, nach heutigem Rechte kann es sich nur um Großjährige handeln. Es ist nur von Prozessen die Rede, welche eine dem Kinde angefallene Erbschaft betreffen. Dies ist aber nicht als Singularität für Erbschaften, sondern als allgemeine Regel zu erachten. Anderer Ansicht Marezoll a. a. O. S. 382; dagegen siehe Arndts § 432 Anm. 4; vgl. auch Windscheid Bd. 2 § 517 Anm. 7.

7) In l. 1 C. h. t. 6, 60 bestimmt Konstantin für das Muttergut des Kindes: „parentes omnem debent tuendae rei diligentiam adhibere". Dies ist auf alle Adventicien zu beziehen, l. 8 § 4a und § 4d C. h. t. 6, 61. Vgl. Arndts § 432 Anm. 3, Windscheid Bd. 2 § 517 Anm. 5; Marezoll a. a. O. S. 388 will die Haftung für die Diligenz auf die bona materna beschränken.

8) l. 8 §§ 4 und 5 C. h. t. 6, 61. Die Kinder können das ohne gesetzlichen Grund Veräußerte vindiciren. Erst von Endigung der Gewalt an läuft eine dreißigjährige Verjährung gegen ihre Vindikation. — Ueber Forderungen des Kindes kann der Vater verfügen, siehe Stölzel a. a. O. S. 31.

9) Die Hauskinder können unter Einwilligung des Vaters ihre Adventicien unter Lebenden veräußern, l. 8 § 5 C. h. t. 6, 61. Hieraus ist zu folgern, daß auch der Vater mit Zustimmung des Kindes veräußern darf. Dagegen erklärt sich Marezoll a. a. O. Aber nur das ist richtig, daß, wenn der Vater solchergestalt veräußert, der Erlös Adventizgut wird. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 n. 60; Windscheid Bd. 2 § 517 Anm. 14.

zu deren Nutzen verpflichten,[10] ferner für dieselben auf angetragene Erbschaften verzichten.[11]

4. Der Nießbrauch des Hausvaters ist der Ausübung nach abtretbar. Die Nutzungen des Kindesvermögens können daher von den Gläubigern des Vaters in Anspruch genommen werden. Sie fallen in die Konkursmasse, wenn über das Vermögen des Vaters Konkurs eröffnet wird. Der Vater kann aber aus ihnen die Mittel zu seinem Unterhalt und zu dem seiner Kinder beanspruchen.[12]

5. Wegen ihres Muttergutes hatten die Hauskinder nach römischem Rechte eine Generalhypothek am Vermögen des Vaters,[13] wovon im praktischen Rechte wenig übrig ist. Nach der Konkursordnung haben sie aber wegen der regulären Adventicien ein Vorrecht im Konkurse ihres Vaters.[14]

§ 35. Das freie Kindesvermögen.

Mehrere Bestandtheile des Kindesvermögens sind frei von dem Nießbrauche und der Verwaltung des Hausvaters. Für sie alle gilt, daß, was sich aus ihnen entwickelt und mit ihnen vom Kinde erworben wird, in die gleiche Rechtslage tritt.

1. Freies Kindesvermögen ist vor allem das castrense peculium,[1] d. h. der Erwerb des Haussohnes als Soldat.[2] Zuerst erhielt der Haussohn durch Augustus die Befugniß, über solchen Erwerb letztwillig zu verfügen;[3] später erlangte er die unbeschränkte Verfügung über denselben; schließlich erkannte man ihn als freien Eigenthümer an.[4]

10) R.G. Bd. 15 S. 192 und 197.

11) Auch Vergleiche kann er für das Kind schließen, R.G. Bd. 16 S. 125.

12) K.O. § 1 Abs. 2. Dies muß auch gegenüber Einzelexekutionen gelten.

13) l. 8 § 4 C. de secundis nuptiis 5, 9, l. 6 § 4 C. h. t. 6, 61. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 376.

14) K.O. § 54 Ziff. 5.

1) Tit. Dig. de catrensi peculio 49, 17. Cod. 12, 36. Eine besonders gründliche Monographie ist Fitting, das castrense peculium 1871.

2) l. 11 D. h. t. 49, 17. Macer libro 2 de re militari: Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit, quod nisi militaret adquisiturus non fuisset, nam quod erat et sine militia adquisiturus id peculium ejus castrense non est. l. 1 C. h. t. 12, 36, l. 8 D. h. t. 49, 17.

3) pr. J. quibus non est permissum 2, 12, Ulp. fragm. XX § 10.

4) Nach Hadrian wurde der Sohn als Eigenthümer des peculium castrense angesehen, Fitting a. a. O. S. 131. Starb aber das Hauskind ohne Testament, so galt das Vermögen in Gemäßheit des alten Rechtes doch als dem Vater verblieben, l. 2, l. 14 pr., l. 19 § 3 D. h. t. 49, 17. In Gemäßheit der Novelle 118 änderte sich auch dies, und vererbt sich dies Vermögen in Ermangelung eines Testamentes nach den Regeln der gewöhnlichen Intestaterbfolge.

Dies galt als Begünstigung des Soldatenstandes, hatte aber seinen tieferen Grund darin, daß der Berufssoldat durch den Dienst von Hause getrennt und, oft in weiter Ferne stationirt, selbständig wirthschaften mußte. Auf seine Verhältnisse paßte daher die auf das Zusammenleben und die gemeinsame Arbeit der Glieder des Hauses gegründete alte Familienverfassung nicht mehr.

Zum castrense peculium gehörten Sold und Beute des Soldaten, das zu seiner militärischen Ausstattung Gewährte, ferner Zuwendungen von Kommilitonen, endlich auch Erbschaften seitens seiner Frau.[5]

2. Denselben Charakter erhielt seit der christlichen Kaiserzeit das peculium quasi castrense, der Erwerb als Staatsbeamter, Advokat oder Geistlicher, da alle diese Personen Namen, Ehre und Rechte der Soldaten erhielten; nicht minder das vom Regenten oder der Regentin Geschenkte, da dies als nach besten Rechten verliehen galt.[6] [7]

3. Freies Kindesgut bilden endlich die irregulären Adventicien, in Folge von Gesetzen Justinians.[8]

Sie entstehen durch liberale Zuwendungen von Dritten an das Kind, die unter Ausschluß des Nießbrauches und der Verwaltung des Vaters erfolgen,[9] ferner durch den Verzicht des Vaters auf Nutzung und Verwaltung.

Nach positiver Bestimmung gehört hierher auch, was das Hauskind von einem seiner Geschwister ab intestato ererbt hat, wenn der Vater Miterbe war. Dann soll sich nämlich der Vater mit seinem Erbtheil begnügen.[10]

Der großjährige Haussohn verwaltet das irreguläre Adventizgut persönlich; für den minderjährigen ist ein Kurator zu bestellen. Dies kann auch der Vater sein. Er handelt dann aber als Vormund und Vertreter des Kindes, nicht kraft väterlichen Rechtes.

---

5) l. 13 D. h. t. 49, 17.

6) Ueber die Entstehung des peculium quasi castrense vgl. Fitting S. 416, über den Umfang Fitting S. 447.

7) Die gemeinrechtliche Gewohnheit behandelt, über das römische Recht weit hinausgehend, aber dem modernen Rechtsbewußtsein entsprechend, als peculium quasi castrense Alles, was ein Hauskind durch persönliche, nicht rein manuelle oder handwerksmäßige Thätigkeit außerhalb des väterlichen Gewerbes erwirbt. Siehe Fitting S. 628. In unserem Jahrhundert wurde diese Gewohnheit freilich überwiegend von den Theoretikern als nicht quellenmäßig verworfen. Siehe Fitting a. a. O. S. 630, vgl. auch R.G. Bd. 16 S. 124.

8) Buchholtz, Fälle der extraordinären Adventicien in Lindes Zeitschrift Bd. 14 u. 11. Brinz Bd. 3 S. 652.

9) Nov. 117 cap. 1. Die bloße Ausschließung vom Nießbrauch nimmt dem Vater noch nicht das Recht der väterlichen Verwaltung, R.G. Bd. 10 S. 149.

10) Nov. 118 cap. 2.

Ueber seine irregulären Adventicien kann das Hauskind nicht testiren, wohl aber über sein peculium castrense und quasi castrense.

Drittes Kapitel.

Rechte und Pflichten der Eltern.

§ 36. Rechte bezüglich der Person des Kindes.

Im alten Rom war die Person des Kindes der Gewalt seines Hausvaters unbedingt unterworfen, Leben und Tod stand in dessen Hand; nicht minder hatte er das Recht zum Verkaufe des Kindes.

Im jüngsten römischen Rechte blieb hiervon nur die Befugniß des Hausvaters zu mäßiger Züchtigung des Hauskindes[1] und zum Verkaufe von Neugeborenen aus Noth.[2]

Gemeinrechtlich ist es Elternrecht, die Kinder zu erziehen und zu leiten. Hieraus ergeben sich ihre Befugnisse über die Person des Kindes. Die väterliche Gewalt als solche hat in dieser Richtung keine besondere Bedeutung mehr.

In erster Linie hat der Vater die Erziehung, auch wenn er die Gewalt über das Kind nicht haben sollte, in zweiter Linie hat sie die Mutter. Diese aber geht in der Regel dem Vater vor, wenn er die Schuld einer Scheidung der Ehe hat,[3] nicht minder, wenn sein Lebenswandel das Wohl des Kindes gefährden würde.[4 5]

Das Erziehungsrecht begreift grundsätzlich die religiöse Erziehung des Kindes in sich. Nach dem 14. Jahre — s. g. annus discretionis

---

1) l. 3, l. 4 C. de patria potestate 8, 46. In schwereren Fällen kann der Vater bei der Obrigkeit härtere Bestrafung, insbesondere Unterbringung in Besserungsanstalten beantragen.

2) l. 2 C. de patribus qui filios distraxerint 4, 43. Burchardi, das gemeinrechtliche Erziehungsrecht im Archiv für civ. Praxis Bd. 8 n. 8.

3) Nov. 117 cap. 7. Die Regel ist keine unbedingte. Das Vormundschaftsgericht bestimmt nach seinem Ermessen im Interesse des Kindes. Es kann daher auch dem schuldigen Theile die Erziehung überlassen, wenn derselbe hierzu fähiger erscheint, l. un. C. divortio facto 5, 24.

4) l. 1 § 3 D. de liberis exhib. 43, 30. R.G. Bd. 18 S. 186.

5) Ueber Verträge geschiedener Ehegatten bezüglich der Erziehung ihrer Kinder vgl. R.G. Bd. 21 S. 161.

Unterscheidungsjahr — kann das Kind aber sein religiöses Bekenntniß selbständig bestimmen.[6]

Die Klage auf Gestattung der Wegführung des Kindes und dessen Auslieferung — das interdictum de liberis exhibendis et ducendis —, welche zunächst dem Hausvater zustand,[7] gebührt derzeit demjenigen der Eltern, welcher das Erziehungsrecht hat.[8] Der Beklagte kann sich auf Verträge, durch welche ihm die Erziehung überlassen wird, nur berufen, wenn sie dem Kinde von Nutzen sind.[9]

§ 37. Gegenseitige Alimentationspflicht von Ascendenten und Descendenten.[1]

Daß Eltern ihre Kinder im Bedürfnißfalle zu erhalten haben, lehrt Natur und Instinkt, und daß die Kinder ihre Eltern in Fällen der Noth nicht im Stiche lassen, ist Pflicht der Dankbarkeit und Pietät. Aehnliche Verbindlichkeiten haben entferntere Ascendenten und Descendenten gegen einander.

Seit der Kaiserzeit wurden diese Pietätspflichten extra ordinem klagbar. Dabei war die nähere Festsetzung vom konkreten Falle und von dem Befunde der Umstände abhängig. Die Normen blieben daher vielfach flüssige.

Gemeinrechtlich werden die Alimente in derselben Weise wie ein gewöhnlicher Geldanspruch eingeklagt. Es haben sich festere Regeln gebildet, aber die besondere Lage des Falles ist immer noch zu würdigen und zu beachten. Sonst wird leicht, was höchste Billigkeit sein sollte, rücksichtslose Härte.

1. In welcher Reihenfolge die Ascendenten verbunden sind, ist streitig. Natürlicherweise liegt die Alimentationspflicht zunächst den unmittelbaren Eltern ob, und zwar in erster Linie dem Vater, in

---

6) Daß in gemischten Ehen die Religion des Vaters bis zu den Unterscheidungsjahren entscheide, nahm der Friedensexekutionskongreß zu Nürnberg vom Jahre 1650 mit Zustimmung der katholischen und evangelischen Stände an. Glück Bd. 2 S. 225. Der Begriff der Unterscheidungsjahre wurde reichsgesetzlich nicht festgestellt und blieb gemeinrechtlich bestritten; meist nahm man an, daß das 14. Jahr das maßgebende sei.

7) Tit. Dig. de liberis exhibendis 43, 30. Vgl. die bei R.G. Bd. 10 S. 115 Citirten.

8) Vgl. l. 2, l. 3 C. de liberis exhibendis 8, 8.

9) Weiter geht in der Annahme der Unverbindlichkeit derartiger Verträge R.G. Bd. 10 S. 114.

1) Tit. Dig. de agnoscendis et alendis liberis 25, 3; Puggé im rhein. Museum Bd. 3 S. 559; Reinhard in Lindes Zeitschrift Bd. 13 n. 5; Mandry, Familiengüterrecht Bd. 1 S. 246; Pernice i. d. Zeitschr. d. Savignystift. r. A. Bd. 5 S. 22.

zweiter der Mutter. Nur in Ermangelung leistungsfähiger Eltern sind die Großeltern verbunden. Zwischen den väterlichen und den mütterlichen Großeltern ist kein Unterschied zu machen.[2]

Andererseits haben auch die Ascendenten zunächst ihre näheren und dann erst ihre entfernteren Descendenten in Anspruch zu nehmen.

Mehrere in gleicher Linie Pflichtige haften solidarisch.[3] Doch fordert die Billigkeit des Verhältnisses, daß, wer die Last zunächst trägt, seinen Rückgriff gegen diejenigen nehmen kann, welche wie er verpflichtet waren.

2. Vorausgesetzt ist die Bedürftigkeit des Klägers, also Armuth und Arbeitsunfähigkeit, oder doch unverschuldete Verdienstlosigkeit desselben.[4]

Durch grobe Verletzung der Kindes- oder der Elternpflicht wird der Anspruch verwirkt.[5]

Die Alimente sind standesgemäß zu gewähren.

3. Der Beklagte muß zur Reichung der Alimente im Stande sein, sei es aus seinem Vermögen, sei es auch aus seinem Verdienste. Aber nur zu Gunsten unmündiger Kinder ist die Verpflichtung eine unbedingte. Hiervon abgesehen muß dem Beklagten so viel gelassen werden, daß er nicht selbst Mangel zu fürchten hat.[6 7]

---

2) l. 5 §§ 1 ff. D. h. t. 25, 3. Eine bestimmte Ordnung der Pflichtigen hat sich in Rom nicht ausgebildet. Die Grundsätze des Textes hat das R.G. Bd. 4 S. 151 angenommen und insbesondere die Ansicht verworfen, daß der väterliche Großvater vor dem mütterlichen hafte.

3) Mandry a. a. O. S. 256 nimmt an, daß mehrere in gleicher Linie Verpflichtete „gemeinsam" in Anspruch zu nehmen seien, so daß der Einzelne nach Verhältniß seines Vermögens und seiner Leistungsfähigkeit beizutragen hätte. Dagegen hat sich das R.G. Bd. 4 S. 151 für solidarische Verhaftung jedes Einzelnen erklärt. Da sich die Quellen über die Frage nicht aussprechen, wird es bei der Entscheidung des Reichsgerichts sein Bewenden behalten müssen.

4) l. 5 § 7 D. h. t. 25, 3.

5) l. 5 § 11 D. h. t. 25, 3, l. 4 C. de alendis liberis 5, 25. R.G. Bd. 5 S. 156. Die ältere, nicht quellenmäßige Annahme, daß unwürdige Verwandte wenigstens auf nothdürftige — naturalia — wenn auch nicht auf standesgemäße Alimente — civilia — Anspruch hätten, wird in der neueren Zeit allgemein verworfen. Doch billigt Brinz Bd. 3 S. 783 dem unwürdigen Kinde, welches sich außerdem nicht selbst forthelfen kann, Alimente zu; dies dürfte für nothdürftige Alimente der Natur der Sache entsprechen.

6) R.G. Bd. 5 S. 160.

7) Man streitet darüber, ob der Kläger die Leistungsfähigkeit des Beklagten beweisen müsse, oder ob der Beklagte seinerseits seine Unfähigkeit darzuthun habe. Das R.G. Bd. 4 S. 154 hat sich für das Erstere erklärt, „weil die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten Voraussetzung des Alimentationsanspruches sei." So richtig diese Bemerkung ist, so unhaltbar ist der an dieselbe geknüpfte Schluß. Nicht jede Voraussetzung des Klagerechtes muß vom Kläger bewiesen werden. Es handelt sich um einen Anspruch, welcher „ex aequitate descendit caritateque sanguinis", l. 5 § 2

Die Verpflichtung ist höchstpersönlich. Die Erben des Pflichtigen bleiben jedoch bei äußerster Dürftigkeit des Berechtigten haftbar.[8]

§ 38. Alimentationsansprüche unehelicher Kinder gegen ihren Erzeuger.[1]

Nach altem römischen Rechte hatten die unehelichen Kinder keinerlei Ansprüche gegen ihren Erzeuger. Sie galten wie ohne Vater geboren.

Justinian aber gab den Konkubinenkindern — den liberi naturales — ein Recht auf Alimente gegen den Erzeuger. Die gemeinrechtliche Praxis gewährte dasselbe allen unehelichen Kindern.[2 3]

Dies mit gutem Grund. Wer ein Kind erzeugt, muß es ernähren. Es widerspricht der Gerechtigkeit, wenn er die Folgen seines Thuns ausschließlich der Mutter und eventuell der bürgerlichen Gesellschaft aufbürdet.

Der Rechtsgrund ist nicht,[4] wie man seit dem vorigen Jahrhundert vielfach annahm, das Delikt des außerehelichen Beischlafes. Dem Konzipirten gegenüber ist die Handlung, die ihm das Leben gab, kein Unrecht und noch weniger Beschädigung. Der Grund des Anspruchs ist vielmehr die natürliche Verwandtschaft.[5]

1. Die Klage steht dem Kinde zu. Die Mutter oder die Gemeinde, welche den Unterhalt bestritten haben, können aber als negotiorum gestores klagen.

Der Anspruch geht auch gegen die Erben des Erzeugers.

D. h. t. 25, 8. Dieser Billigkeit und Blutsfreundschaft entspricht es aber nicht, wenn der Beklagte einen Beweis über die eigenen Vermögensumstände fordert, welche er allein ausreichend kennen und die er leicht offen legen kann.

8) l. 5 § 17 D. h. t. 25, 8.

1) Die Litteratur siehe bei Roth, deutsches Privatrecht Bd. 2 § 171 Anm. 1 S. 367.

2) Nov. 89 cap. 12 § 6, cap. 13 und 15. Spangenberg im Archiv für civ. Praxis Bd. 1 n. 5.

3) Der Art. 340 des code civil enthält das altrömische Princip: „La recherche de la paternité est interdite." Die Folgen sind beklagenswerthe. Namentlich im Arbeiterstand kommt es oft vor, daß der Mann, welcher Jahre lang in wilder Ehe lebte und Kinder erzeugte, sich von der Lebensgefährtin willkürlich trennt und ihr die Sorge für die Kinder allein aufbürdet.

4) Vertreter der Deliktstheorie sind u. A.: Duntze im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 n. 7; Puchta, Pandekten § 416; auch Windscheid Bd. 2 § 415 Anm. 18. Derselbe führt aus, der Beischlaf mit der Mutter in der Konzeptionszeit ergebe keinen „nothwendigen" Schluß auf die Erzeugung. Warum werde er dennoch hier gemacht? Weil, meint er, der Beischlaf ein Delikt sei. — In Wahrheit ist jener Schluß dadurch gerechtfertigt, daß er erfahrungsmäßig begründet ist. Der Konkumbent entkräftet ihn, wenn er den Beischlaf der Mutter in der kritischen Zeit mit Anderen darthut. So auch Brinz Bd. 3 S. 779.

5) Daher ist auch der geisteskranke Erzeuger alimentenpflichtig.

2. Kläger hat die außereheliche Vaterschaft zu beweisen. Hierzu genügt der Nachweis der Geschlechtsgemeinschaft des Beklagten mit der Mutter während der Konzeptionszeit.

Bestritten ist die Zulässigkeit der exceptio plurium constupratorum, d. h. Berufung darauf, daß die Mutter während der kritischen Zeit mit Anderen zu thun hatte. Nach richtiger Ansicht stellt der Nachweis dieser Thatsache die Vaterschaft der Art in das Ungewisse, daß keiner der Beischläfer in Anspruch genommen werden kann. Die Anhänger der Deliktstheorie dagegen lassen alle Beischläfer solidarisch haften, weil sie alle gleichermaßen das Delikt begangen hätten.

3. Die Verpflichtung geht auf nothdürftige Alimente und stellt sich praktisch nur als ein Beitrag zu den Erhaltungskosten dar, welche im Uebrigen die Mutter oder deren Ascendenten oder der Armenverband tragen.

Die Alimentationspflicht dauert so lange, als das Kind sich nicht selbst ernähren kann.

Vierter Abschnitt.

Das Vormundschaftsrecht.[1]

Erstes Kapitel.

Die Grundbegriffe.

§ 39. Die Entwickelung des römischen Vormundschaftsrechtes.

Vormundschaft ist das Amt der Obhut und Vertretung schutzbedürftiger Gewaltfreier.[2]

Die Vormundschaft ist ein *Surrogat der väterlichen Gewalt*. Nur *in Ermangelung der väterlichen Gewalt* tritt daher Bevormundung ein. Nicht ein Widerspruch hiergegen, sondern nur eine verfeinerte Durchbildung des Grundgedankens liegt darin, daß im entwickelten Rechte auch über *Hauskinder* eine Vormundschaft in

---

1) Rudorff, das Recht der Vormundschaft 3. Bd. 1833 ff.; Kraut, die Vormundschaft des deutschen Rechtes 3. Bd. 1835 ff.; Dernburg, das Vormundschaftsrecht der preußischen Monarchie, 3. Aufl., herausgegeben von Schultzenstein 1886.

2) l. pr. D. de tutelis 26, 1. Paulus libro 38 ad edictum: Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, jure civili data ac permissa.

Fällen stattfindet, in welchen die Ausübung der väterlichen Gewalt behindert ist.

Das Vormundschaftsrecht hat in Rom so verschiedene Entwickelungsstufen durchlaufen, daß Beginn und Ende scharfe Kontraste bilden.

1. Dieser Umgestaltung unterlag vornehmlich die tutela über Unmündige. Die alte Tutel über mündige Frauen nahm an ihr nur bis zu einem gewissen Grade Theil und starb dann ganz ab.[3]

a) Ursprünglich war die Tutel bloß Familienangelegenheit, später wurde sie Staatssache.

Vormünder — tutores legitimi — waren in alter Zeit einzig die Agnaten und der Patron des Mündels, also dessen Familiengenossen. Dazu kam die tutela testamentaria durch Testament des Hausvaters des Mündels.[4] Dieselbe gehörte gleichfalls dem Familienrechte an, allerdings ist sie schon von anderem Gepräge.

Obrigkeitliche Ernennung des Tutors wurde erst durch die lex Atilia eingeführt und zwar bloß für Fälle, in denen es sonst an einem Tutor fehlte. Sie war etwas ganz Außerordentliches, wie daraus erhellt, daß der Prätor den tutor Atilianus nur in Verbindung mit der Mehrheit der Volkstribunen ernennen durfte. Von derartigen Kautelen wußte die lex Julia Titia nichts, welche später in den Provinzen die Ernennung in gleichem Falle den Provinzialstatthaltern anvertraute.

In der Kaiserzeit geschah die Bestellung der Tutoren extra ordinem durch die Magistrate; sie wurde immer häufiger.[5]

b) Die Tutel war in alter Zeit bloß Recht des Tutors.[6] Zwar knüpfte sich an sie auch ein Kreis von Pflichten gegen den Mündel an, aber sie waren sittlicher und ethischer, nicht rechtlicher Natur.[7]

---

3) Die Tutel über Weiber behandeln: Löhr in seinem Magazin Bd. 3 S. 407; Stemann in Sells Jahrbüchern Bd. 3 n. 6; Keller, Institutionen S. 248. Ueber ihr Absterben vgl. Mitteis, Reichsrecht S. 219.

4) Die testamentarische Tutel wird auf die 12 Tafeln zurückgeführt, l. 1 pr. D. de testamentaria tut. 26, 2. Doch — trotz Ulpian. fragm. XI § 14 — wurzelt sie schwerlich in einer ausdrücklichen Bestimmung dieses Gesetzes, sie ist vielmehr durch die Interpretation der Juristen geschaffen. Vgl. indeß Bruns, fontes S. 21 Anm. 3.

5) Vgl. tit. Inst. de Atiliano tutore 1, 20, Gajus Inst. I § 185.

6) Daß die Tutel ursprünglich zum Vortheil der Vormünder und nicht der Mündel war, hat Löhr in seinem Magazin Bd. 3 n. 1: „Ueber die römischen Begriffe von Tutel und Kuratel" nachgewiesen. Nimmt man an — und dies ist nach dem jetzigen Standpunkte unserer Erkenntniß kaum zu bezweifeln —, daß die actio tutelae, durch welche der Vormund zur rechtlichen Verantwortung gezogen wird, erst der späteren Republik angehörte, so erhalten die Ausführungen Löhrs ein verstärktes Gewicht.

7) Gellius, noctes atticae V cap. 13. Massurius Sabinus in libro juris

Dies änderte sich durchaus. Schließlich in der Kaiserzeit ist von selbständigen Rechten des Tutors wenig mehr die Rede, wohl aber *von rechtlichen Verpflichtungen* tief einschneidender, zum Theil sehr lästiger Art.

c) Hierzu kommt ein Drittes. In der älteren Zeit hatte der Tutor freie Hand, ohne an die Zustimmung der Obrigkeit bei seinen Handlungen gebunden zu sein. Seit dem zweiten Jahrhundert nach Christi Geburt mußte er in immer steigendem Maße bei wichtigeren Akten die *Genehmigung der Obrigkeit* einholen.

2. Jünger als die tutela war ein zweites vormundschaftliches Institut Roms, die cura. Dieselbe betrifft *Minderjährige, Geisteskranke, Verschwender, gebrechliche Personen*, Vermögen von *Abwesenden, ruhende Erbschaften*.

Die cura stand dadurch im Gegensatze zur Tutel, daß sie nicht Rechte des Kurators, sondern Pflichten desselben begründete.[8] Eine fernere Verschiedenheit bildete, daß der Kurator regelrecht von der Obrigkeit bestellt wurde. Beide Unterschiede sind im justinianischen Rechte in Folge der Umbildung der Tutel zurückgetreten. Es blieb vorzugsweise folgendes: Der *Tutor* hatte das Recht der *auctoritatis interpositio*, wodurch er an sich unverbindliche Willenserklärungen des Mündels zu vollkräftigen machte. Diese Handlung war ein Formalakt, sie mußte in Gegenwart des Mündels, unmittelbar nach dessen Erklärung, mündlich vom Tutor vollzogen werden.[9]

Der *Kurator* hatte das Recht solcher auctoritatis interpositio *nicht*.[10]

---

civilis tertio: In officiis apud majores nostros ita observatum est primum tutelae, deinde hospiti, deinde clienti, tum cognato, postea affini.

8) Löhr, Magazin Bd. 3 S. 9 nimmt an, daß auch die „cura" ursprünglich den Vortheil des Kurators und nicht des Kuranden bezweckte. Dies stützt er vorzugsweise darauf, daß die 12 Tafeln verordneten: „si furiosus est agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus *potestas* esto". Cicero de inventione II cap. 50. Vgl. Bruns, fontes S. 22 Anm. 7a. Wenn sich aber auch das prätorische Institut der cura an diese Bestimmung zunächst anlehnte, so war dasselbe doch eine selbständige Bildung, die neue Gesichtspunkte zur Geltung brachte.

9) Vgl. § 2 J. de auctoritate tut. 1, 21. Der römische Satz: tutor personae non rei datur l. 12—14 D. de test. tut. 26, 2 heißt nichts Anderes als: er wird der Person bestellt, damit er mit auctoritatis interpositio deren Willenserklärungen zu rechtsgültigen machen kann. Schüler, tutor personae datur, Göttinger Inauguraldissertation 1890.

10) Vorzugsweise Löhr, Magazin Bd. 1 n. 1 hat das Eigenthümliche der Tutel in das Recht der auctoritatis interpositio gesetzt. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Vangerow Bd. 1 § 268.

§ 40. Gemeines Recht. Die Reichspolizeiordnungen.

Auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechtes war die Gesetzgebung des alten deutschen Reiches thätig, indem sie das justinianische Recht fortbildete und umgestaltete.

a) Die Reichspolizeiordnung von 1548 fordert, daß Pupillen und Minderjährigen jederzeit Vormünder gegeben werden.[1]

Sie legte damit den Grund der Verschmelzung der Tutel über die Unmündigen mit der Kura über die mündigen Minderjährigen zu einer einheitlichen Altersvormundschaft.

Dabei konnte die römische auctoritatis interpositio keine Wurzel fassen.

b) Des weiteren verordnet dieselbe Polizeiordnung, daß sich die Vormünder der Verwaltung nur unterziehen sollten, wenn ihnen die Verwaltung zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen sei.[2]

Dies führte dazu, daß jede Vormundschaft eine gerichtlich angeordnete — eine s. g. Dativtutel — wurde.[3]

c) Es fordert endlich die Reichspolizeiordnung von 1577, daß der Vormund ein Inventar errichtet, Kaution leistet, eidlich verpflichtet wird, nicht minder aber auch, daß er jährlich der Obrigkeit Rechnung legt.

Damit hat die obervormundschaftliche Gewalt der Obrigkeit das feste Rückgrat erlangt.[4]

Wesentlich denselben Charakter wie die Altersvormundschaft erhielt die Vormundschaft über Geisteskranke und Verschwender.

---

1) R.P.O. von 1548 Tit. 31 § 1.

2) R.P.O. von 1548 Tit. 31 § 2 und R.P.O. von 1577 Tit. 32 § 2: „daß ein jeglicher Vormünder, er sei gleich in Testamentsweiß verordnet oder durch das Recht oder Richter gegeben, sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sei ihme dann zuvor durch die Obrigkeit decernirt und befohlen". Nach dem Sprachgebrauche der Polizeiordnung bedeutete der Ausdruck „Obrigkeit" die „politische" Behörde und nicht den Richter. Erst später erhielten die Gerichte die Obervormundschaft. Roth, bayerisches Civilrecht 2. Aufl. Bd. 1 S. 650.

3) Die Tragweite der bezüglichen Bestimmung der R.P.O. ist freilich außerordentlich bestritten, vgl. Kraut a. a. O. Bd. 1 S. 238. Viele glauben, daß die „Tutel" nach gemeinem Rechte durch Testament und Gesetz gemäß den römischen Vorschriften deferirt werde und daß nur die Ausübung der Vormundschaft besonders obrigkeitlich übertragen werden müsse, „wobei aber die Obrigkeit die Bestätigung, welche der Vormund nachzusuchen habe, nicht ohne gehörigen Grund verweigern dürfe". Doch diese Auffassung entspricht weder dem Sinne der Polizeiordnung noch der Praxis, wie insbesondere Roth a. a. O. Bd. 1 S. 652 mit Recht ausgeführt hat. Weder von einer Verpflichtung des testamentarischen oder gesetzlichen Vormundes, die Dekretur der Verwaltung bei Gericht nachzusuchen, ist die Rede, noch auch von einer Verpflichtung der Obrigkeit, die testamentsweise verordneten oder gesetzlichen Vormünder zu bestätigen. Die testamentarische Ernennung des Vormundes ist vielmehr zu einem bloßen Vorschlage geworden.

4) R.P.O. von 1577 Tit. 32 § 3.

Die anderen Arten der Kuratel unterscheiden sich noch dadurch von der normalen Vormundschaft, daß sie bloß einzelne vormundschaftliche Befugnisse geben, nicht die volle Repräsentation des Mündels.

§ 41. Die Gründe der Bevormundung.

Gründe der Bevormundung sind:

1. Minderjährigkeit.
2. Geisteskrankheit.[1]
3. Entmündigung wegen Verschwendung.
4. Dauernde Behinderung an eigener Vermögensverwaltung durch Körpergebrechen, insbesondere Taubheit, Blindheit, Altersschwäche, Krankheit,[2] s. g. cura debilium personarum.
5. Neben dem Vormunde[3] und dem Vater sind, falls diese zur Besorgung einzelner Angelegenheiten nicht fähig sind, im Bedürfnißfalle Kuratoren zu bestellen.
6. Der Embryo kann einen Kurator erhalten.
7. Für Vermögen, das nicht vertreten ist, insbesondere für das eines Abwesenden, ferner für eine ruhende Erbschaft kann ein Kurator bestellt werden.[4] — Bei solchen s. g. Realkuratelen war der Kurator in Rom nur zur Obhut über das Vermögen sowie zum Verkauf dessen, was sonst zu Grunde gehen würde, berechtigt.[5] Eine verbreitete Praxis hat aber seine Vollmacht mit Recht erweitert.[6]

§ 42. Die Vormünder.[1]

Die Verwaltung der Mündelangelegenheiten geschieht durch den Vormund. Als das Normale und Zweckmäßige gilt Verwaltung durch *einen* Vormund.[2]

1) Nur solche Geisteskranke erhalten einen curator furiosi, welche der Altersvormundschaft entwachsen sind, § 3 J. de curatoribus 1, 23, l. 3 pr. § 1 D. de tutelis 26, 1. Das Gleiche gilt von Verschwendern und gebrechlichen Personen.

2) § 4 J. de curatoribus 1, 23.

3) §§ 5 und 6 J. de curatoribus 1, 23.

4) Auch bei den s. g. Realkuratelen handelt es sich schließlich um die Vertretung von Personen, die nur ungewiß und unbekannt sind.

5) l. 48 D. de administratione tut. 26, 7, l. 1 § 4 D. de muneribus 50, 4. Rudorff a. a. O. Bd. 1 S. 162.

6) Vgl. die bei Dernburg a. a. O. S. 416 Citirten.

1) Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 11 n. 1 S. 3; Keller, Pandekten § 437; Brinz Bd. 3 S. 832.

2) l. 3 §§ 3 u. 7 D. de adm. tut. 26, 7.

Es können aber mehrere Vormünder berufen werden, vorzugsweise wenn dies das Testament des Vaters des Mündels verordnet hat.

Dann hat die Obrigkeit nähere Bestimmung zu treffen,[3] sie hat dabei väterliche letztwillige Verfügungen zu beachten, keineswegs aber unbedingt zu befolgen.[4]

a) Wird *einem* von mehreren Vormündern durch die Obrigkeit die *Verwaltung ganz* überwiesen, so sind die übrigen *Ehrenvormünder* — tutores honorarii. Als solche sind sie zur Ueberwachung des verwaltenden Vormundes berechtigt und verpflichtet, haben zu diesem Zwecke die Einsicht in die Vormundschaftsrechnungen und Papiere, die Kontrole der Anlage der Vormundschaftsgelder; äußerstenfalls haben sie die Absetzung des pflichtwidrigen verwaltenden Vormundes zu betreiben.[5]

b) Die Obrigkeit kann die Verwaltung der Vormundschaftsgeschäfte auch nach Bedürfniß unter die mehreren Vormünder *theilen*, sei es nach *Geschäftszweigen*, sei es nach *Gegenden*. Jeder hat dann nur das ihm zugetheilte Ressort zu verwalten, ist aber für das des Anderen Ehrenvormund.[6]

c) Kommt es nicht zu einer obrigkeitlichen Zuweisung oder Vertheilung der Geschäfte, so sind alle Vormünder zur Verwaltung gleichberechtigt. Sie haben aber keine Kollektivvollmacht, wonach sie zusammen handeln müßten. Vielmehr steht jedem Einzelnen die volle Vertretung zu,[7]

---

3) Hinsichtlich der Regelung bestand ein besonderes prätorisches Edikt, dessen Inhalt aus § 1 J. de satisdat. tut. 1, 24 ersichtlich ist. Hiernach sollte eine Verhandlung mit den Vormündern stattfinden. In erster Linie war zu berufen, wer satisdatio anbot, sofern nicht der Mitvormund sich gleichfalls zu derselben bereit erklärte.

4) l. 3 § 3 D. de adm. tut. 26, 7.

5) l. 3 § 2 D. de administratione tutorum 26, 7. Ulpianus libro 35 ad edictum: Ceteri igitur tutores non administrabunt, sed erunt hi, quos vulgo honorarios appellamus. nec quisquam putet ad hos nullum periculum redundare: constat enim hos quoque, excussis prius facultatibus ejus qui gesserit, conveniri oportere: dati sunt enim quasi observatores ejus et custodes, imputabiturque eis quandoque, cur, si male eum conversari videbant, suspectum eum non fecerunt. adsidue igitur et rationem ab eo exigere eos oportet et sollicite curare qualiter conversetur et si pecunia sit, quae deponi possit curare ut deponatur ad praediorum comparationem. Auch der tutor honorarius hatte in Rom an sich Verwaltungsrecht und auctoritas, aber er *sollte* sich nicht in die Verwaltung mischen, weshalb Dritte, welche das Verhältniß *kannten* und doch unter seiner auctoritas kontrahirten, keine Ansprüche erhielten. l. 49 D. de a. vel o. her. 29, 2 und l. 4 D. de auct. tut. 26, 8 vereinigen sich solchergestalt. Zustimmend ist Brinz Bd. 3 S. 837, dort siehe andere Vereinigungsversuche. Nach gemeinem Rechte hat der Ehrenvormund keinerlei Verwaltungsbefugniß, da ihm eben die Verwaltung nicht nach Vorschrift der Reichspolizeiordnung decernirt ist.

6) l. 3 § 9, l. 4 D. de adm. tut. 26, 7.

7) Nach vorjustinianischem Rechte bedurfte es bei der legitima tutela regelrecht zu allen Verfügungen der auctoritas sämmtlicher Vormünder. Cicero pro Flacco 34:

jedoch so, daß jedem ein Einspruchsrecht gegen die von Mitvormündern beabsichtigten Handlungen zusteht.[8][9]

Die Verantwortlichkeit für die ganze Verwaltung wird durch bloße private Theilung der Geschäfte nicht aufgehoben.[10]

§ 43. Die Obervormundschaft.

Die Obrigkeit gewann zwar im späteren römischen Rechte steigenden Einfluß auf die Vormundschaft, aber eine einheitliche und systematische Zusammenfassung ihrer Rechte und Pflichten geschah nicht.[1]

Sie erfolgte aber im gemeinen Rechte.

Obervormundschaftliche Behörde ist das Gericht erster Instanz des Domicils des Mündels.[2] Dasselbe ist bei ehelichen Minderjährigen in der Regel das letzte Domicil des Vaters, bei unehelichen das Domicil der Mutter.

Die Hauptbefugnisse der Obervormundschaft sind:

1. Bestellung des Vormundes, Entscheidung über Ablehnungsgründe, Absetzung und Entlassung.
2. Genehmigung zu Veräußerungen.
3. Prüfung der periodisch zu legenden Rechnungen des Vormundes.[3]

„nihil potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui". Dagegen genügte bei testamentarischen und obrigkeitlichen Vormündern die auctoritas eines einzelnen der Vormünder. Justinian hob diesen Unterschied in der l. 5 C. de auctoritate praestanda 5, 59 auf. Jeder Vormund hat die volle Verfügung; nur zu Angelegenheiten, welche die Aufhebung der Tutel mit sich führen, namentlich zur Arrogation des Mündels, bedarf es der Zustimmung aller Tutoren.

8) l. 7 § 3 D. de curat. furioso 27, 10. — Vgl. übrigens noch l. 47 pr. D. de adm. tut. 26, 7.

9) Jeder der mehreren Tutoren ist solidarisch verantwortlich. Dem in Anspruch Genommenen steht aber das Recht der Klagencession offen, l. 2 C. de dividenda tutela 5, 52. Carus, Carinus et Numerianus a 284: Si divisio administrationis inter tutores sive curatores in eodem loco seu provincia constitutos necdum fuit, licentiam habet adulescens et unum eorum eligere et totum debitum exigere, cessione videlicet ab eo adversus ceteros tutores seu curatores actionum ei competentium facienda.

10) l. 2 § 3 C. de dividenda tutela 5, 52. Sin vero ipsi inter se res administrationis diviserunt, non prohibetur adulescens et unum ex his in solidum convenire, ita ut actiones, quas adversus alios habet, ad electum transferat.

1) l. 6 § 2 D. de tutelis 26, 1.

2) In Rom wurde vorzugsweise auf die Heimath — origo — des Mündels gesehen, l. un. C. ubi petetur tut. 5, 32. Ueber die Frage, ob sich die Tutel auf das außerhalb des Jurisdiktionsbezirkes Belegene erstreckte, vgl. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 11 S. 104.

3) Vielfach ist auch üblich, daß die Obrigkeit bei Beendigung der Vormundschaft die Legung einer Schlußrechnung durch den Vormund und eine Erklärung des ehemaligen Mündels über dieselbe, beziehungsweise die Dechargirung veranlaßt. Dies

Die Obervormundschaft hat nicht die Aufgabe, selbst den Mündel zu vertreten. Sie hat aber Aufsicht und Leitung. Sie kann daher den Vormund mit Anweisungen bezüglich der Führung der Geschäfte versehen. Je nach dem Vertrauen, welches der Vormund verdient, hat sie die Zügel mehr oder minder straff anzuziehen.

Wer die Obervormundschaft verwaltet, haftet dem Mündel für Verschuldung, aber nur subsidiär, d. h. soweit nicht von anderer Seite Ersatz erlangt werden kann.

In Rom pflegte der Magistrat[4] bei der Entscheidung über persönliche Verhältnisse des Mündels Verwandte des Mündels — den Familienrath — zuzuziehen.[5] Gemeinrechtliche Uebung ist dies aber nicht.

Die Obervormundschaft darf Beschlüsse, welche die Rechte Dritter berühren, nicht fassen, ohne diesen die Möglichkeit gegeben zu haben, dieselben bei ihr zu vertheidigen. Dies entspricht dem allgemeinen Grundsatz des gemeinen Rechts, wonach rechtliches Gehör Niemandem zu versagen ist.

Zweites Kapitel.

Die Begründung und Beendigung der Vormundschaft.

§ 44. Berufungsgründe, Bestellung.

Die Berufungsgründe zur Tutel waren in Rom:

1. Testament. In Folge seiner väterlichen Gewalt konnte der Vater seinem unmündigen Kinde für den Fall, daß es durch seinen Tod gewaltfrei wurde, in einem gültigen Testamente oder testamentarisch bestätigten Kodicille einen Tutor ernennen.[1]

---

hat aber nur die Bedeutung einer Vermittelung. Läßt sich der ehemalige Vormund oder der Mündel auf eine derartige Verhandlung nicht freiwillig ein, so ist die Sache zwischen ihnen im Prozeßwege auszutragen.

4) Nach römischem Rechte hafteten nur die Municipalmagistrate, welche etwas bei Bestellung der Vormünder versäumt hatten. Tit. Dig. de magistratibus conveniendis 27, 8. Vgl. oben Bd. 2 § 135 Anm. 6.

5) l. 1 § 1 D. ubi pupillus educari 27, 2.

1) §§ 3 und 4 I. de tutelis 1, 13, l. 1 D. de testamentaria tutela 26, 2. Das Recht des Vaters erstreckt sich auf nachgeborene Kinder. Es bezog sich in Rom auch auf Enkel, welche in der Gewalt des Großvaters standen, falls sie nach dessen Tode nicht in die Gewalt ihres Vaters fielen, vielmehr gewaltfrei wurden. Der Tutor mußte certus, d. h. individuell bestimmt sein, l. 20 D. de testamentaria tutela 26, 2; er mußte ferner in befehlender Weise ernannt sein, l. 1 § 1 D. de confirmando tut. 26, 3. Die Ernennung mußte sich auf das Gesammtvermögen erstrecken, l. 12 ff. D. h. t. 26, 2. Ernennung unter Bedingungen und Zeitbestim-

Daneben machte sich in Rom die Auffassung geltend, daß der Vater ohne Rücksicht auf die Gewalt, in Ermangelung des Vaters die Mutter, und daß endlich selbst ein Fremder, welcher den Unmündigen zum Erben einsetzt, den zweckmäßigsten Vorschlag bezüglich des Vormundes des Unmündigen macht. Solcher Art letztwillig bezeichnete Vormünder wurden daher von der Obrigkeit bestätigt — tutores confirmati —, und zwar die vom Vater gewollten ohne besondere Untersuchung, die sonst vorgeschlagenen nach Prüfung der Sachlage.[1]

2. In Ermangelung testamentarischer traten die gesetzlichen Tutoren ein. Es waren dies die nächsten gesetzlichen Erben des Mündels, also ursprünglich vorzugsweise dessen Agnaten,[2] im jüngsten Rechte die nach der Novelle 118 berufenen Intestaterben.[4]

3. In letzter Reihe kam es zur Erwählung eines Tutors durch die Obrigkeit.[5][6]

Die Kuratoren wurden regelrecht durch die Obrigkeit bestellt. Dabei wurde jedoch der Vorschlag der Eltern thunlichst berücksichtigt.[7]

Die Vormundschaft begann, sobald der Berufene die Berufung erfahren hatte.[8]

---

mungen war zulässig. Die Ernennung verlor ihre Geltung, wenn das Testament seine Kraft verlor.

2) l. 2 ff. D. de confirmando tutore 26, 3. Obgleich der Prätor den väterlichen Vorschlag ohne Prüfung der Sachgemäßheit konfirmiren sollte, so hatte er doch zu untersuchen, ob der Wille des Vaters bis zum Tode gedauert habe und ob nicht etwa nach der Bestellung Umstände hervorgetreten seien, welche den Vater, wenn er sie gekannt hätte, wahrscheinlich bestimmt hätten, die Ernennung zurückzunehmen, l. 8 ff. D. eod. 26, 3.

3) l. 1 pr. D. de legitimis tutoribus 26, 4.

4) Nov. 118 cap. 5. Ueber die Streitfrage, ob nach der nov. 118 noch der „parens manumissor" eine den Ordnungen der Novelle vorgehende legitima tutela bezüglich des unmündigen Kindes habe, vgl. Vangerow Bd. 1 § 267. Die Frage hat nicht die mindeste praktische Bedeutung. Denn wenn der Fall vorkäme, würde die Obrigkeit natürlich dem Vater und nicht den Geschwistern des Kindes die Verwaltung „decerniren".

5) § 3 I. de Atiliano tutore 1, 20.

6) Der Tutor darf obrigkeitlich nicht unter einer Bedingung ernannt werden, l. 6 § 1 D. de tutelis 26, 1. — Keller, Pandekten § 247 führt diese Verschiedenheit von der testamentarischen Bestellung darauf zurück, „daß der Magistrat bei seiner Ernennung stets für ein gegenwärtiges Bedürfniß zu sorgen und auf Grund vorhandener Thatsachen, deren Ermittelung ihm möglich und aufgegeben ist, zu verfügen hat, wogegen der Testator bei seiner Ernennung stets auf eine mehr oder weniger entfernte Zukunft hin verfügt und daher leicht in den Fall kommen kann, seinen Willen an künftige, jetzt und vielleicht bei seinem Tode noch ungewisse Thatsachen zu knüpfen".

7) §§ 1 und 3 J. de curatoribus 1, 23.

8) l. 1 § 1 D. de administratione tut. 26, 7.

In Folge der Reichspolizeiordnung ist dies umgestaltet.[9]

Die Obrigkeit überträgt in allen Fällen die Vormundschaft. Diese ist stets s. g. Dativtutel. Der letztwillige Vorschlag der Eltern und des Erblassers des Mündels wird beachtet.[10]

Die Vormundschaft beginnt mit der Verpflichtung durch die Obrigkeit.

Dieselbe hat eidlich zu geschehen. Häufig wird der Eid durch Handschlag an Eidesstatt ersetzt.

Der Vormund erhält zu seiner Legitimation eine schriftliche Bestallung, das Tutorium oder Kuratorium.

§ 45. Fähigkeit zur Vormundschaft.

Zu unterscheiden ist absolute und relative Unfähigkeit.

1. Der absolut Unfähige wird nicht Vormund, auch wenn ihm die Vormundschaft obrigkeitlich übertragen sein sollte. Die Handlungen desselben für den Mündel verbinden diesen also nicht. Der Mündel ist unbevormundet. Solchergestalt unfähig sind:

a) Frauen.

Nach justinianischem Rechte sind jedoch die Mutter und Großmutter zur Vormundschaft über Kinder und Enkel fähig, wenn sie sich nicht wieder verheirathen und den weiblichen Rechtswohlthaten entsagen.[1]

b) Minderjährige, Geisteskranke, interdicirte Verschwender. Dieselben wurden vor Justinian Vormünder und sollten nur zur Führung der Geschäfte nicht zugelassen werden.[2] Dies entsprach der ursprünglichen Anschauung, wonach die Tutel ein Recht des Vormundes bildete und nicht etwa im Interesse des Mündels eingeleitet wurde. Nach justinianischem Rechte sind aber solche Personen absolut unfähig.[3]

c) Geistliche wurden von Justinian als unfähig erklärt, um sie von der Last der Vormundschaft ein für allemal zu befreien.[4] Unfähig

---

9) Oben § 40 Anm. 3.

10) Die Intestaterben des Unmündigen sind verpflichtet, innerhalb eines Jahres die Bestellung eines Vormundes für ihn im Bedürfnißfalle nachzusuchen, und zwar bei Strafe des Verlustes des Erbrechtes, wenn der Unmündige in der Unmündigkeit starb, l. 10 C. de legitimis hered. 6, 58. Diese Strafe ist aber nicht gemeinrechtlich, Kraut a. a. O. Bd. 1 S. 288.

1) Gaj. Inst. I § 195, l. 16, l. 18 D. de tutelis 26, 1, l. 26 D. de testamentaria tutela 26, 2, Tit. Cod. 5, 35, nov. 94 cap. 1, nov. 118 cap. 5.

2) Sogar der impubes war „legitimus tutor". Ulp. fragm. tit. XI § 20. Ebenso der Geisteskranke, l. 17 D. de tutelis 26, 1.

3) l. 5 C. de legitima tutela 5, 30. § 18 J. de excusationibus 1, 25.

4) Nach der nov. 123 cap. 4 sind Bischöfe und Mönche schlechthin zur Vormund-

waren auch aktive Soldaten.[5] Derzeit sind Militärpersonen unter Genehmigung ihrer Vorgesetzten fähig. Sie können die Vormundschaft aber ablehnen.[6]

2. Relativ unfähig sind Vormünder, welchen die Vormundschaft nicht decernirt werden soll, und die von derselben durch die Obrigkeit zu entfernen sind, wenn sie gleichwohl bestellt sein sollten.[7]

Es gehören hierher durch Verbot der Eltern des Mündels ausgeschlossene,[8] Gläubiger und Schuldner des Mündels,[9] endlich der Ehemann bezüglich seiner Ehefrau.[10] Hierher ist auch der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu stellen.[11]

§ 46. Ablehnung der Vormundschaft.[1]

Die Uebernahme der Vormundschaft ist Bürgerpflicht. Man kann daher zu derselben von der Obrigkeit durch Exekutivstrafen genöthigt werden.[2] Die Mutter aber und Großmutter sind zwar berechtigt, nicht aber verpflichtet, Vormünder zu werden.[3]

Zahlreiche Gründe geben das Recht der Ablehnung der Vormundschaft:

a) drei Vormundschaften im Hause,[4]

---

schaft unfähig, andere Geistliche können mit ihrem Willen die gesetzliche Vormundschaft über Verwandte führen. Die Geistlichen als Vertrauensmänner ihrer Beichtkinder wurden sehr häufig letztwillig ernannt, so daß sie durch Vormundschaften erdrückt wurden, weshalb man dagegen zu den energischsten Mitteln griff.

5) l. 4 C. qui dare tutores 5, 34.

6) Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41.

7) l. 21 § 2 D. de tut. dat. 26, 5, l. un. C. si contra matris voluntatem 5, 47.

8) l. 3 § 12 D. de suspectis tut. 26, 10.

9) Vgl. Brinz Bd. 3 S. 845. Wer persönlicher oder Pfandgläubiger des Mündels ist, soll die Vormundschaft über ihn nicht führen. Verschweigt er das Schuldverhältniß und tritt er die Vormundschaft an, so verliert er sein Klagerecht. Auch soll, wer Schuldner des Mündels ist und dies verschweigt, sich während der Dauer der Tutel von seiner Schuld nicht durch Zahlung oder auf andere Weise befreien können, nov. 72 cap. 1 und 4. Die heutige Geltung dieser Bestimmungen ist sehr zu bezweifeln.

10) l. 2 C. qui dare tutores 5, 34.

11) Reichsstrafgesetzbuch § 34 Ziff. 6. Zur Bekleidung der Vormundschaft über seine Descendenten ist der Ehrlose fähig.

1) Tit. I. de excusationibus 1, 25, Dig. 27, 1, Keller, Institt. S. 232.

2) pr. I. h. t. l. 25 ... et tutelam et curam placuit publicum munus esse. Ueber die Entwickelung dieses Satzes vgl. Pernice in der Zeitschrift der Savignystiftung rom. Abth. Bd. 5 S. 25.

3) l. 2 § 1 C. quando mulier 5, 35, nov. 118 cap. 5, nov. 94 cap. 1.

4) § 5 I. h. t. 1, 25, l. 6 pr. D. h. t. 27, 1.

b) fünf leibliche Kinder,[5]

c) Armuth, Krankheit, Schreibensunkunde,[6] Alter über 70 Jahre,[7]

d) Bekleidung öffentlicher Aemter, Abwesenheit in Staatsgeschäften.[8 9]

Diese Exkusationsgründe mußten in Rom innerhalb fester Fristen nach Kenntniß der Berufung bei der Obrigkeit angebracht werden.

Diese Frist betrug mindestens 50 Tage, bei größeren Entfernungen verlängerte sie sich nach Verhältniß.[10]

Gemeinrechtlich ist die Exkusation vor der Verpflichtung des Vormundes durch das Gericht nachzusuchen.[11]

§ 47. Beendigung der Vormundschaft.

Die Vormundschaft endigt bald so, daß sie überhaupt beseitigt wird, bald so, daß nur die Funktion des bisherigen Vormundes aufhört und ein neuer Vormund einzutreten hat.

1. Die Bevormundung endet schlechthin, wenn ihr Grund wegfällt.[1]

Insbesondere erlischt die Altersvormundschaft durch Großjährigkeit oder Großjährigkeitserklärung des Mündels, sowie durch seinen Eintritt in eine väterliche Gewalt. Jede Vormundschaft hört auf mit dem Tode des Mündels oder dessen Todeserklärung.

2. Die Funktion des Vormundes endet, ohne daß damit die Bevormundung überhaupt ihr Ende erreicht:

---

5) Nach römischem Rechte exkusirten 2 Kinder in Rom, 4 in Italien, 5 in den Provinzen. Nur lebende werden mitgezählt. Im Kriege umgekommene gelten wie lebende. Es kommt nicht darauf an, ob die Kinder in der Gewalt stehen oder nicht, insbesondere, ob sie emancipirt, adoptirt sind, pr. I. h. t. 1, 25.

6) § 6 I. h. t. 1, 25, §§ 7 und 8 I. eod.

7) § 13 I. h. t. 1, 25.

8) Vgl. über das Exkusationsrecht der römischen Beamten, ferner der Professoren und Aerzte, sowie der Zunftgenossen: Rudorff a. a. O. Bd. 2 S. 96; Keller, Institutionen S. 284.

9) Noch andere Exkusationsgründe bestanden, z. B., wenn die Ernennung durch den Vater aus Feindschaft erfolgte, §§ 9 ff. I. h. t. 1, 25. — Im älteren Rechte spielte die potioris nominatio eine große Rolle, d. h. das Recht des zum Vormund Bestimmten, einen dem Mündel durch Verwandtschaft Näherstehenden als Vormund statt seiner zu bezeichnen, vgl. Rudorff Bd. 2 S. 159; Keller, Instit. S. 238. Dem justinianischen Rechte ist ein bezügliches Verfahren fremd.

10) § 16 I. h. t. 1, 25, l. 14 D. h. t. 27, 1.

11) Das Recht der Exkusation hat nicht, wer dem Vater des Mündels die Uebernahme der Vormundschaft versprach, § 9 I. h. t. 1, 25, sowie wer ein Vermächtniß vom Erblasser annahm, der ihn zum Vormunde ernannte, l. 5 § 2 D. de his quae ut indignis 34, 9.

1) Auch nach Endigung der Vormundschaft haben die bisherigen Vormünder die laufenden Geschäfte bis dahin zu besorgen, daß sie das Mündelvermögen herausgeben oder den Mündel in Annahmeverzug setzen. Vgl. l. 33 § 1 D. de administratione tut. 26, 7.

a) durch dessen Tod, sowie dadurch, daß er absolut unfähig wird, insbesondere auch dadurch, daß die Mutter oder Großmutter, welche Vormünderinnen sind, zur neuen Ehe schreiten.

b) Im alten Rechte konnte der testamentarische Tutor die Vormundschaft beliebig niederlegen.[2]

Hiervon ist im späteren Rechte nicht die Rede. Nur eine Entlassung aus Gründen kann er von der Obrigkeit beanspruchen.[3]

c) Die Entsetzung des Vormundes durch das Gericht war in der alten Zeit nur wegen Dolus auf Grund einer accusatio suspecti zulässig.

Im späteren Rechte ist die Absetzbarkeit des Vormundes sehr erweitert, von einem selbständigen Rechte auf diese Funktion daher nicht mehr die Rede. Die Entsetzung kann wegen jeder Pflichtwidrigkeit geschehen, ja ohne solche, wenn der Vormund untüchtig oder ungeeignet erscheint.[4]

Drittes Kapitel.

Rechtswirkungen der Vormundschaft.

§ 48. Sorge für die Person des Mündels.[1]

Nach den Reichspolizeiordnungen lautet der Eid der Vormünder: „daß sie ihren Pflegekindern und ihren Gütern getreulich vorsein, ihre Personen und Güter versehen und verwahren".

Der Vormund hat also nach gemeinem Rechte über die Person des Mündels nicht weniger wie über dessen Vermögen zu wachen, während sich seine Thätigkeit nach römischem Rechte im Wesentlichen auf das Mündelvermögen beschränkte.

---

2) Von solcher abdicatio spricht noch Ulpianus, fragm. XI § 17.

3) Vgl. l. 12 D. de excusationibus 27, 1.

4) l. 3 D. de suspectis 26, 10. Grundsätzlich geschah die Entsetzung in Rom auf Grund einer besonderen accusatio suspecti, welche quasi publica war, also von jedem erhoben werden konnte, der am Mündel Interesse hatte und ein zweiseitiges Verfahren einleitete. Doch kam sie, wenn die Gründe offenbar waren, auch ohne solche Anklage vor. Derzeit verfährt das Gericht von Amtswegen untersuchend, auf Grund von Anzeigen Dritter oder auch ohne solche. Daß bloße Ungeeignetheit zur Absetzung genügt, darüber vgl. l. 3 §§ 12 und 18 D. eod. 26, 10. Absetzung wegen dolus machte in Rom infam; Entfernung aus anderen Gründen hatte diese Folge nicht.

1) Gesterding, Sorge für die Person und Erziehung des Mündels, in seiner „Ausbeute" VI, 2.

Die Erziehung des Mündels muß der Vormund zwar nicht selbst vornehmen, die Mutter hat vor ihm das Recht auf dieselbe.[2] Aber er hat für die Erziehung zu sorgen, sie zu überwachen, die Mittel für sie aus dem Mündelvermögen auszuwerfen,[3] nach Umständen Lehrverträge für den Mündel abzuschließen.

Der Vormund hat ferner die Familienstellung des Mündels zu wahren, Klagen auf Anerkennung der Vaterschaft sowie auf Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe seines Mündels anzustellen. Eine Ehescheidungsklage kann er aber nicht an dessen Stelle erheben.[4]

§ 49. Die Vermögensverwaltung.

Der Vormund hat das Vermögen des Mündels zu verwalten; er soll es erhalten und nach Möglichkeit vermehren, jedoch ohne das Risiko von Spekulationen.[1]

Die römische Weise, wonach der Mündel persönlich bei Rechtsgeschäften und Prozessen handelte und der Tutor nur die auctoritas einlegte, ist nicht gemeinrechtlich.[2] Vielmehr schließt der Vormund im Namen des Mündels die Geschäfte und führt dessen Prozesse für ihn.

Liberalitäten aus dem Mündelvermögen sind dem Vormunde nicht gestattet,[3] es handle sich denn um Gaben, welche Anstand und Sitte fordern.[4]

Geschäfte, bei denen der Vormund direkt betheiligt ist, kann er nicht für den Mündel schließen oder genehmigen.[5]

Mündelgelder sollte der Vormund vorzugsweise in Grundstücken anlegen,[6] die als die beste Kapitalanlage galten, weil sie sich dem Mündel auch bei Kriegen und Krisen erhielten. In zweiter Linie sollten sie sicher zinsbar belegt werden.[7] Nach den heutigen wirthschaftlichen

---

2) l. 1 C. ubi pupilli educentur 5, 49.

3) l. 2, l. 3 D. ubi pupillus educari 27, 2.

4) R.G. Bd. 6 S. 157, Bd. 9 S. 219.

1) l. 47 § 6 D. de administratione tut. 26, 7.

2) Tit. Dig. de auctoritate et consensu 26, 8.

3) l. 22, l. 46 § 7 D. de administratione tut. 26, 7.

4) l. 12 § 3 D. eod. 26, 7.

5) Es galt der Satz: „tutor in rem suam auctor fieri non potest", l. 1 pr. D. de auctoritate tutorum 26, 8.

6) l. 5 pr., l. 7 § 3 D. de administratione tut. 26, 7, l. 24 C. h. t. 5, 37.

7) Wenn der Vormund die bei Antritt der Vormundschaft vorgefundenen Mündelgelder nicht binnen 6 Monaten, und wenn er die nachher eingehenden nicht binnen 2 Monaten anlegte, so hatte er persönlich von denselben Zinsen zu entrichten. Man bezeichnet diese Frist als laxamentum temporis, l. 7 § 11, l. 15 D. de adminis-

Verhältniſſen iſt die Erwerbung von Grundſtücken keineswegs eine beſonders gute Anlage. Der Vormund iſt daher in der Regel auf zinsbare Forderungen verwieſen. Partikularrechte haben dieſe, die ſ. g. pupillariſche Sicherheit meiſt näher beſtimmt.[9]

Der Vormund haftet bei ſeiner Verwaltung für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anwendet.[10]

Verwendete er Mündelgelder zum eigenen Nutzen, ſo hat er die höchſten Zinſen zu entrichten,[11] urſprünglich alſo 12 %, nach Juſtinians Neuerungen 6 %.

§ 50. Veräußerungsverbot.

Je freier der Vormund ſteht, deſto wirkſamer und nützlicher kann ſeine Verwaltung für den Mündel bei gutem Willen und Intelligenz ſein, deſto näher liegt aber auch die Gefahr, daß das Vermögen des Mündels bei Unvorſichtigkeit, Ungeſchicklichkeit, Untreue des Vormundes zu Grunde geht.

Das frühere römiſche Recht ließ dem Vormunde in der Veräußerung des Mündelvermögens ganz freie Hand. Das ſpätere verfiel in das entgegengeſetzte Extrem.

Zuerſt verbot die Oratio Severi die Veräußerung landwirthſchaftlicher Grundſtücke der Unmündigen, wenn ſie nicht von deſſen Erblaſſer letztwillig verſtattet war, außer wegen Schulden nach vorgängigem prätoriſchem Dekrete.[1]

---

tratione tut. 26, 7. Jedoch konnte ſich der Vormund durch den Nachweis befreien, daß ihm in der genannten Friſt eine pupillariſche Anlage nicht möglich war, l. 3 C. de usuris pupillaribus 5, 56.

8) Juſtinian verordnete in der nov. 72 cap. 6, daß die Vormünder zur zinsbaren Belegung der Gelder nicht verbunden ſein ſollten, dieſe vielmehr ſicher aufzubewahren hätten, damit nicht über dem Beſtreben, Zinſen zu gewinnen, das Kapital verloren gehe! Dieſe Novelle iſt zwar gloſſirt, jedoch den heutigen wirthſchaftlichen Verhältniſſen ſo wenig entſprechend, daß ſie in der Praxis nicht beachtet wird. Damit ſind aber die poſitiven Beſtimmungen des Pandektenrechtes über das laxamentum temporis nicht wieder hergeſtellt. Doch wird dies häufig angenommen.

9) Hecht, die Mündel- und Stiftungsgelder in den deutſchen Staaten 1875.

10) l. 1 pr. D. de tutelae actione 27, 3. Andere Aeußerungen der Quellen ſtimmen freilich nicht überein, vgl. Haſſe, culpa S. 258.

11) l. 7 § 10 D. de administratione tut. 26, 7.

1) Ueber die Oratio Severi — aus dem Jahre 195 nach Chr. Geb. — vgl. Tit. Dig. de rebus eorum 27, 9; Bachofen, ausgewählte Lehren S. 119. Nach l. 1 § 2 D. h. t. lautete die betreffende Stelle der die Vormundſchaft auch ſonſt regelnden Oratio: „Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret parentes testamento vel codicillis caverint. quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus, vir clarissimus, adeatur

Wie sehr dies den herrschenden Zeitansichten entsprach, zeigt die Ausdehnung des Verbotes durch Interpretation, indem man es insbesondere auf alle Minderjährigen erstreckte,[2] wie auch auf jede Bestellung dinglicher Rechte an Immobilien des Mündels bezog.[3]

Die Veräußerung gegen Verbot ist nichtig.[4] Sie konvalescirt aber durch Genehmigung seitens des Mündels nach erreichter Großjährigkeit,[5] ferner durch Unterlassung gerichtlicher Schritte binnen 5 Jahren nach der Großjährigkeit, und binnen 10, unter Abwesenden 20 Jahren, wenn die Veräußerung unentgeltlich war.[6]

Auf dem eingeschlagenen Wege schritt man in der christlichen Kaiserzeit fort. Dem Vormunde wurde die Veräußerung aller zur Substanz des Vermögens gehörigen konservirbaren, nicht ganz geringfügigen Sachen,[7] ferner die Einziehung von Forderungen des Mündels ohne gerichtliches Dekret untersagt.[8]

Dagegen hat die gemeinrechtliche Praxis die Befugnisse der Vormünder wieder erweitert. Veräußerung wegen Nutzens wurde unter obrigkeitlicher Genehmigung verstattet,[9] ferner Einholung der Genehmigung überwiegend bloß bei Immobilien gefordert.

§ 51. Kontrolmaßregeln.

Zur Sicherung gehöriger Vermögensverwaltung dienen folgende Maßregeln:

---

qui pro sua religione aestimet quae potius praedia alienari obligarive debeant manente pupillo actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori. si communis res erit et socius ad divisionem provocet, aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exsequetur, nihil novandum censeo. Daß statt des korrupten „possunt“ der Florentina „potius“ zu lesen ist, ergiebt l. 5 § 10 D. h. t. 27, 9. — Nur die landwirthschaftlichen Grundstücke galten in Rom als sicherste Kapitalanlage, Häuser dagegen wegen der Feuersgefahr bei dem Mangel eines Feuerversicherungswesens als ein sehr unsicherer Besitz. Bachofen a. a. O. S. 126.

2) l. 10, l. 11 D. h. t. 27, 9.

3) l. 3 § 5 D. h. t. 27, 9.

4) Der Mündel behält hiernach die Vindikation. Inwieweit der Beklagte die Herausgabe des von ihm gezahlten noch beim Mündel vorhandenen Kaufpreises verlangen kann, darüber vgl. l. 16 C. de praediis 5, 71.

5) l. 3 pr. C. si major factus 5, 74.

6) l. 3 § 1 C. si major factus 5, 74.

7) l. 22 C. de administratione tutorum 5, 37. Constantinus a 311, insbesondere § 6: Jam ergo venditio tutoris nulla sit sine interpositione decreti, exceptis his dumtaxat vestibus, quae detritae usu aut corruptae servando servari non potuerint; § 7: Animalia quoque supervacua minorum quin veneant, non vetamus.

8) l. 25, l. 27 C. eod. 5, 37.

9) Kraut a. a. O. S. 145.

1. Der Vormund wird bei Beginn der Vormundschaft eidlich verpflichtet.

2. Er soll Kaution stellen.[1][2] Diese Vorschrift läßt jedoch eine allgemeine Durchführung nicht zu.

3. Der Vormund hat bei Beginn der Vormundschaft ein genaues Vermögensverzeichniß — Inventar — aufzunehmen. Hierüber wacht das Vormundschaftsgericht, dem das Inventar einzureichen ist.[3][4]

4. Der Vormund hat dem Vormundschaftsgericht periodisch Rechnung mit Belegen zu stellen.[5]

5. Die Obrigkeit kann öffentliche Depósition von Geldern,[6] derzeit auch von Inhaberpapieren fordern.

§ 52. Die Vormundschaftsklagen.[1]

In Rom finden sich zwei Arten der Vormundschaftsklagen. Die eine, die actio rationibus distrahendis, ist Deliktsklage. Sie geht gegen den treulosen Vormund, welcher Mündelgut unterschlug, auf das Doppelte des Unterschlagenen.[2]

---

1) In Rom wurde Bestellung von Bürgen — satisdatio — vorzugsweise von den tutores legitimi gefordert, l. 5 § 1 D. de legitima tut. 26, 4. Sie, die aus eigenem Rechte und ursprünglich in eigenem Interesse die Tutel führten, genossen am wenigsten Vertrauen und wurden in der späteren Zeit am energischsten in Anspruch genommen; ferner hatten die Satisdation die von niederen Magistraten gegegebenen Vormünder zu leisten. Die testamentarischen, desgleichen die von den höheren Magistraten gegebenen Vormünder waren in der Regel kautionsfrei. Gajus Inst. 1 § 200. Die Kaution konnte durch prätorische Zwangsmittel, insbesondere durch Pfändung erzwungen werden, § 3 I. de satisdatione tut. 1, 24. Vgl. das Nähere bei Keller, Institutionen S. 241, Lenel edictum S. 251 und 422.

2) Die Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 § 3 fordert allgemein von den Vormündern „rechtmäßige genügsame Kaution und Versicherung".

3) l. 7 pr. D. de administratione tut. 26, 7. Das Inventar sollte unter Zuziehung öffentlicher Personen errichtet werden, l. 24 C. eod. 5, 37. Dasselbe liefert Beweis gegen den Vormund l. 13 § 1 C. arbitrium tut. 5, 51, aber der Gegenbeweis des Irrthums ist nicht zu versagen.

4) Erlaß der Errichtung eines öffentlichen Inventars durch den Erblasser des Mündels ist zulässig, l. 13 § 2 C. arbitrium tut. 5, 51. Aber ein privates Verzeichniß des Vermögens wird der Vormund auch in solchem Falle fertigen müssen.

5) Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 § 2. Die Pflicht periodischer Rechnungslegung stammt aus dem deutschen Rechte. Es war deutsches Herkommen, daß der Vormund der Verwandten jährlich Rechnung legte.

6) l. 4 C. de administratione tut. 5, 37.

1) Tit. Dig. de tutelae et rationibus distrahendis 27, 3. Cod. arbitrium tutelae 5, 51.

2) l. 2 D. h. t. 27, 3, l. 55 § 1 D. de administratione tut. 26, 7. Paulus sententiae II. 30 § 1. Ueber den Namen siehe Rudorff a. a. O. Bd. 3 S. 2. Vgl. auch Lenel, edictum S. 256.

Die andere, die actio tutelae, ist bonae fidei judicium.[3] Sie zieht den Tutor wegen der Führung der Vormundschaftsgeschäfte zur Verantwortung, ähnlich wie einen Mandatar.[4]

Die actio rationibus distrahendis entspricht der älteren Epoche des Vormundschaftsrechtes, welche eine Pflicht des Vormundes zu sorgfältiger Verwaltung des Mündelgutes noch nicht kannte. Die actio tutelae, ohne Zweifel weit jünger, stellt uns das Vormundschaftsrecht in seiner entwickelten Gestalt vor Augen.

In das gemeine Recht ist nur die actio tutelae übergegangen.

1. Die actio tutelae directa ist die Klage des Mündels gegen den Vormund.

a) Sie erwächst mit Beendigung der Vormundschaft.[5]

Wegen einzelner Punkte kann jedoch auch vorher Klage erhoben werden,[6] und zwar durch einen von der Vormundschaftsbehörde zu diesem Zwecke angestellten Kurator.

b) In ihrer normalen Gestalt erstreckt sie sich auf die ganze vormundschaftliche Verwaltung.

Der Vormund hat Rechnung zu legen[7] und das Mündelvermögen herauszugeben, wobei er seine im Interesse des Mündels gemachten Auslagen in Abzug bringen darf.[8]

Der Vormund muß ersetzen, was durch seine zurechenbare Schuld — in der Regel durch culpa in concreto — verloren ging.

Die Erben des Vormundes können aber, wenn der Prozeß nicht bereits gegen ihren Erblasser eingeleitet war, nur wegen dolus oder culpa lata desselben in Anspruch genommen werden.[9] Dies um deswillen, weil sie oft nicht in der Lage sein werden, die Motive ihres Erblassers vollständig aufzuklären und so dessen Thun oder Unterlassen zu rechtfertigen.

c) Das spätere römische Recht gab dem Mündel eine General-

3) Nur für den Tutel wurde eine besondere Klage aufgestellt. Bezüglich des Kurators half man sich mit einer actio negotiorum gestorum, vgl. Lenel, edictum S. 255, vgl. oben Bd. 2 § 121.

4) Die actio tutelae ging an sich nur gegen den Tutor, welcher die Tutel wirklich gerirt hatte. Erst in der Kaiserzeit wurde eine actio utilis gegen den Vormund gegeben, welcher, obgleich er die Delation kannte, die Führung der Geschäfte schuldhafterweise unterlassen hatte — periculo suo cessavit, l. 4 § 3 D. rem pupilli 46, 6.

5) l. 4 D. h. t. 27, 3.

6) l. 9 § 7 D. h. t. 27, 3.

7) l. 1 § 3 D. h. t. 27, 3.

8) l. 1 § 4 D. de contraria 27, 4.

9) l. 1 C. de heredibus tutorum 5, 54.

hypothek gegen den Vormund. Hiervon ist im praktischen Rechte Deutschlands wenig übrig.

Dagegen hat die Konkursordnung das Vorrecht des Mündels im Konkurse des Vormundes, welches bereits das römische Recht geschaffen hatte, erhalten.[10][11]

2. Die actio tutelae contraria[12] des Vormundes gegen den Mündel geht:

a) auf Ersatz der angemessenerweise für den Mündel gemachten Auslagen und zwar mit Zinsen, wie auch auf Abnahme von Verbindlichkeiten, welche der Vormund persönlich auf Rechnung des Mündels übernommen hat,

b) auf das Honorar, welches dem Vormunde vom Erblasser des Mündels oder aus besonderen Gründen von der Obrigkeit bewilligt wurde.[13]

§ 53. Vom Protutor.

In Rom konnte leicht zweifelhaft sein, ob man Tutor sei oder nicht, und oft verwaltete man daher eine Vormundschaft, ohne Tutor zu sein — als Protutor. Denn ob ein Testament gültig sei, in welchem ein Tutor ernannt war, mochte bestritten sein, nicht minder, wer der nächste gesetzliche Erbe, also der gesetzliche Vormund sei. Seit nach der Reichspolizeiordnung nur derjenige Vormund ist, welchen die Obrigkeit dazu bestellt, kommen Irrungen über die Frage, wer Vormund ist, kaum je vor.

Zwischen dem Mündel und dem Protutor treten gegenseitige Verbindlichkeiten ein, die analog den zwischen dem Mündel und seinem Vormund bestehenden behandelt werden.[1]

---

10) l. 22 D. h. t. 27, 3, l. 44 § 1 D. de administratione tut. 26, 7 — R.O. § 54 Ziff. 5.

11) Mit der actio tutelae kann auch eingeklagt werden, was der Pupill aus anderen Gründen als der vormundschaftlichen Verwaltung vom Vormunde zu fordern hatte, wenn es während der Dauer der Vormundschaft fällig und vom Vormund dem Mündel nicht zu gute gebracht war. Denn hiermit vernachlässigte er seine vormundschaftliche Pflicht. In Folge dessen wird auch für eine solche Forderung das privilegium der Tutelklage begründet, l. 9 § 1 D. de administratione tut. 26, 7.

12) Tit. Dig. de contraria a. 27, 4.

13) l. 33 § 3 D. de administratione tut. 26, 7. Der Vormund kann übliche Vergütung fordern, wenn er dem Mündel besondere Dienste geleistet hat, welche in seinen Beruf einschlagen.

1) Es war eine eigene actio wegen des Falles vom Prätor proponirt, deren demonstratio lautete: Quod N^{s} N^{s} pro tutore A^{i} A^{i} negotia gessit; die intentio war fictiticisch, da die Folgen eintreten sollten, wie wenn der gerirende Tutor gewesen wäre. Tit. de eo qui pro tutore 27, 5; Lenel, edictum S. 267. Ueber die a. contraria protutelae vgl. Brinz Bd. 3 S. 863 Anm. 2.

Dritte, welche mit dem vermeinten Tutor — dem falsus tutor — in rechtliche Verhandlungen treten, können dadurch benachtheiligt werden, daß diesem in Wahrheit die Befugniß fehlt, den Mündel zu verbinden. Sie erhielten deshalb in Rom Entschädigungsansprüche, wenn der vermeinte Tutor in Dolus war.[2] Nach gemeinem Rechte sind ihnen solche Ansprüche auch wegen bloßer Verschuldung des vermeinten Vormundes zuzugestehen.[3]

---

2) Der Prätor hatte in dieser Richtung zwei Edikte aufgestellt. Das eine versprach restitutio in integrum, wenn der Gläubiger des Pupillen mit demselben unter Autorität eines vermeinten tutor die Litiskontestation vollzogen hatten, wodurch er seine actio gegen den Pupillen konsumirte, ohne in dem erhobenen Prozeß siegen zu können, l. 1 §§ 1, 2 und 6 D. quod falso tutore 27, 6, Lenel, edictum S. 99. Das andere Edikt lautete: In eum qui, cum tutor non esset, dolo malo auctor factus esse dicetur, judicium dabo, ut, quanti ea res erit tantam pecuniam condemnetur, l. 7 pr. D. eod. 27, 6, Lenel S. 99. Diese Dolusklage war zwar zunächst gleichfalls für den Fall bestimmt, daß gegen den Pupillen falso tutore auctore Prozesse geführt waren, sie wurde aber auch benutzt, wenn Kontrakte mit dem Mündel unter der falschen Auktorität eingegangen waren, l. 11 pr. D. eod. 27, 6. Sie wurde übrigens offenbar zu einer Zeit aufgestellt, in welcher die generelle Klage wegen Dolus noch nicht proponirt war. Vgl. oben Bd. 2 § 136.

3) Vgl. oben Bd. 2 § 10.

Fünftes Buch.

Das Erbrecht.[1]

Erſter Abſchnitt.

Die allgemeinen Lehren.

I. Das Weſen des Erbrechtes.

§ 54. Würdigung des Erbrechtes.

Den Schlußſtein des Privatrechtes bildet das Erbrecht, d. h. die Nachfolge der Lebenden in die Rechte eines Verſtorbenen.

Viele bezeichnen als das ausſchließliche Gebiet des Erbrechtes das Vermögen des Erblaſſers.[2] Doch ſeine Sphäre iſt eine weitere. Auch im öffentlichen Rechte iſt es von größter Bedeutung. Vornehmlich iſt die Regierungsgewalt in den deutſchen monarchiſchen Staaten und demgemäß das deutſche Kaiſerthum erblich.

Im Privatrechte iſt zwar der Uebergang des Vermögens des

1) Die beſonderen Bearbeitungen des Erbrechtes ſind zum Theil veraltet, zum Theil bloße Bruchſtücke. Unvollendet iſt Köppen, Syſtem des Erbrechtes 1. und 2. Lieferung 1862 und 1864, Schirmer, Handbuch des Erbrechtes I. Theil 1863. Die beſte Bearbeitung der erbrechtlichen Streitfragen iſt von Vangerow, Pandekten Bd. 2, vgl. ferner Köppen, Lehrbuch des Erbrechts 1886 ff. Erbrechtliche Abhandlungen enthält auch der zweite Band der civiliſtiſchen Schriften von Arndts. Ein maſſenhaftes Material findet ſich bei Glück von Bd. 33 an. Es gehört ferner hierher Gans, das Erbrecht in welthiſtoriſcher Entwickelung, 4 Bde. 1824 ff., wovon der zweite Band das römiſche Erbrecht betrifft. Auch kommt in Betracht F. Mommſen, Entwurf eines deutſchen Reichsgeſetzes über das Erbrecht 1876, ferner Unger, das öſterreichiſche Erbrecht, Bd. 6 ſeines öſterreichiſchen Privatrechtes. Reiches Material enthält auch Gruchot, Preuß. Erbrecht in Gloſſen zum allg. Landrecht auf römiſcher und germaniſcher Grundlage, 3 Bde. 1865 ff.

2) Unger a. a. O. § 1 Anm. 3.

Verstorbenen die Hauptsache, keineswegs aber der ausschließliche Gegenstand des Erbrechtes.

Das Erbrecht ist eine durch die Geschichte bewährte Institution, welche nicht minder den berechtigten Ansprüchen der Individuen, wie dem Bedürfnisse der bürgerlichen Gesellschaft entspricht.[3]

Denn die Persönlichkeit des Einzelnen wird gesteigert durch sein Recht der letztwilligen Verfügung. Erst durch seine Vererblichkeit erhält ferner das Eigenthum seinen vollen Werth. In Folge derselben dient es nicht bloß flüchtigem Genuß und eiligem Verthun, wird vielmehr zur dauernden Grundlage des Wohlseins der Familien, welche zu erwerben und zu erhalten verstehen.

Die hierdurch geförderte Vermehrung des Kapitals kommt der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt zu gute. In der Stetigkeit der Besitzverhältnisse, welche das Erbrecht schafft, findet der Staat selbst die festen Strebepfeiler, auf welche er seine Unvergänglichkeit gründet.

Die Römer würdigten das Erbrecht vorzugsweise als ein Gut, welches die Persönlichkeit des Erblassers potenzirt. In Rom dominirte daher das Testament.[4] Der deutschen Auffassung ist mehr die sociale Bedeutung des Erbrechtes von Gewicht. Hier tritt die Erbberechtigung der Familie in den Vordergrund.[5]

§ 55. Der Erbe und der Vermächtnißnehmer.

Der Tod vernichtet das Subjekt, an welches sich Rechte und Verbindlichkeiten knüpften. Dem Vermögen ist sein Mittelpunkt genommen.

Die so gerissene Lücke ist auszufüllen. Dabei machen sich Interessen des Nachfolgers geltend, nicht minder aber gebieterische Anforderungen des Verkehrs und des Kredites. Denn eine regelmäßige Kreditgewährung ist nur möglich, wenn für die Berichtigung der Schulden und Verbindlichkeiten auch im Falle des Absterbens der Schuldner gesorgt ist.

Die Lösung des Problems geschieht durch die Universalsuccession des Erben.[1]

---

3) Die ältere naturrechtliche Schule betrachtete den Untergang der Rechte mit dem Tode des Eigenthümers als das „natürliche", das Erbrecht daher als eine rein „positive" staatliche Einrichtung. Vgl. hiergegen Unger a. a. O. § 1 Anm. 1.

4) Quintiliani declamatio CCCVIII: Neque enim aliud videtur solacium mortis quam voluntas ultra mortem.

5) Die Neueren legen — einseitig — alles Gewicht auf die objektive und sociale Rechtfertigung des Erbrechtes; siehe Unger a. a. O. und dort Citirte.

1) l. 62 de R. J. 50, 17. Julianus libro 6 Digestorum: Hereditas nihil

Der Erbe setzt die Persönlichkeit des Erblassers fort, er repräsentirt den Erblasser.[2]

Diese Formulirungen, früher allgemein angenommen, haben in neuerer Zeit Beanstandung gefunden.[3] Unnöthig sei es, den Schatten des Verstorbenen hineinzubeschwören! Doch das ist nicht gemeint. Es handelt sich um reale Dinge. Die Person des Verstorbenen wirft eben noch ihren Schatten. Der Erbe repräsentirt den Erblasser, d. h. er hat dessen Angelegenheiten so abzuwickeln, wie dieser es hätte thun müssen. Er setzt dessen Person fort, d. h. Rechte und Verbindlichkeiten des Erblassers sind auch die seinen, und ihm liegt es ob, die Anordnungen des Erblassers zu verwirklichen.

Der Erbe erwirbt also das Gesammtvermögen des Erblassers als Einheit.

Insbesondere fallen ihm alle Vermögenstheile desselben, soweit sie vererblich sind, unmittelbar mit dem Erbschaftserwerbe zu. Die Formen, welche zum Erwerbe von Objekten als einzelner erfordert werden, sind daher für die Nachfolge des Erben nicht bestimmt.[4] Auch solche Objekte, von deren Erwerb als einzelner der Erbe wegen eines Mangels in seiner Erwerbsfähigkeit ausgeschlossen wäre, gehen auf ihn als Theile der Gesammtheit über.[5] Durch die Universalsuccession wird er auch Eigenthümer der Nachlaßsachen, von deren Existenz er nichts weiß oder die er nicht haben will.

Andererseits wird der Erbe mit dem Erbschaftserwerb Schuldner der Schulden des Erblassers und hat für die Rechtshandlungen des Erblassers vermögensrechtlich aufzukommen, wie für die eigenen. Dies ohne Rücksicht darauf, ob der Nachlaß zahlungsunfähig ist oder nicht.[6]

---

aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit. Verwandte Stellen siehe bei Arndts § 464 Anm. 2.

2) Die Römer sprechen vorzugsweise von einem „succedere in locum defuncti". Gajus Inst. IV § 34. Häufig wird die Aeußerung der nov. 48 praef. citirt: „nostris videtur legibus una quodammodo persona heredis et illius qui hereditatem in eum transmittit".

3) Brinz, Pand. 1. Aufl. Bd. 1 § 156, Windscheid Bd. 3 § 605 Anm. 6 und 7, vgl. auch Brinz Bd. 3 S. 3 der zweiten Auflage.

4) Wo also sonst die Uebereignung von Grundstücken an die Umschreibung im Grundbuche gebunden ist, wird der Erbe ohne solche Eigenthümer der erbschaftlichen Grundstücke.

5) l. 62 D. de a. r. d. 41, 1. Paulus libro 2 manualium: Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis, ad heredem et res, cujus aliquis commercium non habet: nam etsi legari ei non possit, tamen heres institutus dominus ejus efficitur. Vgl. l. 9 pr. § 1 D. de re militari 49, 16.

6) l. 119 D. de V. S. 50, 16. Pomponius libro 8 ad Quintum Mucium:

Und zwar haftet er auch mit dem eigenen Vermögen. Erst Justinian hat dem Erben in der rechtzeitigen Errichtung eines Inventars über den Bestand des Nachlasses das Mittel gegeben, seine Verpflichtungen auf den Betrag der Nachlaßmasse zu beschränken.

Hervorzuheben ist, daß der Erbe den Erblasser nicht bloß, wie man meist unterstellt, in vermögensrechtlicher Hinsicht repräsentirt.[7] Ihm liegt unter anderem die Bestattungspflicht ob und in Folge dessen die Wahrung der Rechte des Erblassers auf eine Grabstätte.[8]

Mehrere können zusammen als *Miterben* — coheredes — berufen werden.

Die Konkurrenz beschränkt die Berufung jedes Miterben auf einen Bruchtheil — eine Quote — des Nachlasses; aber jeder gilt zugleich *eventuell*, d. h. für den Fall der Beseitigung der Konkurrenz der Miterben, als auf das Ganze des Nachlasses auch quantitativ berufen. Sowie es sich daher entscheidet, daß einer der Miterben die ihm angetragene Quote nicht erwirbt, gebührt sie den übrigen. Man nennt dies *Akkrescenz* oder *Anwachsung*. Denn die zunächst auf eine Quote beschränkte Erbberechtigung wächst in Folge innerer Triebkraft und erfaßt damit die ausgefallene Portion.[9] [10]

Neben der Erbsuccession finden sich *Vermächtnisse*, d. h. letztwillige Zuwendungen *einzelner Vermögensrechte* zu Lasten des Erben. Ihr Erwerb ist rechtlich bedingt durch den Eintritt eines Erben.

Nur der Erbe repräsentirt den Erblasser, nicht aber der Vermächtnißnehmer. Der Vermächtnißnehmer kann daher für die Erbschaftsschulden selbst dann nicht in Anspruch genommen werden, wenn er mehr als der Erbe aus dem Nachlasse erhält, ja wenn ihm der ganze Werth des Nachlasses zugewendet sein sollte.

Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est sicuti bonorum possessio.

7) So namentlich Puchta, Vorlesungen § 446: „Die Natur des Erbrechtes besteht darin, daß der Erbe die *Vermögensperson* des Erblassers repräsentirt, daß sie in ihn übergegangen ist und von ihm dargestellt wird."

8) Nach R.G. Bd. 12 S. 280 ist der Erbe zur Klage gegen eine Kirchengemeinde auf Gestattung des ehrlichen Begräbnisses seines Erblassers legitimirt. Es handelte sich um Bestattung der Leiche eines im Duell getödteten Sohnes des Klägers, welche inzwischen provisorisch auf einem auswärtigen Kirchhofe beigesetzt war.

9) Die Akkrescenz ist keine neue Berufung zu Gunsten des Akkrescenzberechtigten. Sonst müßte dieser den Fall erleben. Das trifft nicht zu. Die Anwachsung verwirklicht sich vielmehr auch bei den Erben des Akkrescenzberechtigten, l. 26 § 1 D. de condit. et demonstrat. 35, 1. Daher pflegt man zu sagen: „portio portioni accrescit".

10) Ueber Akkrescenz haben neuerdings vorzugsweise geschrieben: Strohal, Transmission 1879 S. 90 und Hofmann, kritische Studien 1885 S. 57. Dort siehe die Litteratur.

Dagegen bestehen folgende Rechtssätze:

a) Vermächtnisse sind nur insoweit gültig, als die Aktiven des Nachlasses die Passiven übersteigen. Unter allen Umständen gehen die Gläubiger des Erblassers den Vermächtnißnehmern vor.

b) Die lex Falcidia fordert, daß dem Erben der vierte Theil seiner Erbportion frei von Vermächtnissen verbleibt. Soweit diese Grenze überschritten ist, mindern sich die Vermächtnisse von Rechtswegen.

II. Voraussetzungen der Erbfolge.

§ 56. Der Erblasser.

Beerbt werden kann jeder Mensch.[1] Mitglieder eines Klosterordens sind jedoch nach kanonischem Rechte dazu unfähig.[2]

Vorausgesetzt ist der Tod, oder doch mindestens die rechtskräftige gerichtliche Todeserklärung. Hereditas viventis non datur. Solange also ein Individuum lebt, kann es nicht beerbt werden, auch nicht mit seinem Willen. Hiernach gilt auch der Verkauf der Erbschaft eines noch Lebenden als gegenstandslos und nichtig.[3]

Können juristische Personen beerbt werden? Dies ist zu verneinen. Dennoch ist ihr Vermögen in Ermangelung besonderer gesetzlicher oder statutarischer Bestimmungen bei ihrem Erlöschen nach Analogie erbloser Verlassenschaften zu behandeln, so daß es wie diese an den Fiskus fällt.[4]

§ 57. Gründe der Erbfolge.

In Rom gab es nur zwei Gründe der Erbfolge:

1. das Testament, die einseitige letztwillige widerrufliche Ernennung eines Erben seitens des Erblassers.

2. das Gesetz, d. h. die Rechtsnorm, welche in Ermangelung

1) In Rom gab es Menschen, die nicht beerbt werden konnten. So insbesondere Sklaven, l. 4 C. communia de successionibus 6, 59. Gleiches galt nach älterem Rechte für Hauskinder, l. 11 D. de fidejussoribus 46, 1; nach justinianischem Rechte hinterlassen sie Erben; nur können sie in der Regel nicht testiren. Peregrinen wurden nicht nach römischem Rechte, sondern nur nach dem Rechte ihres Staates beerbt. Ulp. fragm. XX 14; vgl. Gaj. III 120. Römer aber, welche das Bürgerrecht zur Strafe verloren, konnten, da sie nirgends Bürger waren, Erben nicht hinterlassen, l. 7 § 5 D. de bonis damnatorum 48, 20; l. 8 §§ 1 ff. D. qui test. facere 28, 1.

2) Cap. 2, X. de testamentis 3, 26, Hellmann, das gemeine Erbrecht der Religiosen 1874.

3) l. 1 D. de hered. vend. 18, 4; l. 27 D. de acq. vel om. hered. 29, 2.

4) Vgl. oben Bd. 1 § 64 Anm. 7.

eines Teſtamentes einen Erben beruft — den geſetzlichen oder *Inteſtaterben*.

3. Das gemeine Recht hat den *Erbvertrag* hinzugefügt, mittels deſſen der Erblaſſer dem Vertragserben ſeinen Nachlaß kontraktlich, alſo in *unwiderruflicher* Weiſe zuſichert.

Für das Verhältniß von Teſtament und Geſetz gilt grundſätzlich die Regel: „nemo ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest“.[1] Danach kann der Erblaſſer ſeine Teſtamentserben nicht auf einen Theil ſeines Nachlaſſes einſetzen, ſo daß er den anderen Theil den Inteſtaterben beläßt. Daran knüpfen ſich folgende Sätze:

a) Sind die Teſtamentserben im Teſtamente auf *einen Theil des Nachlaſſes beſchränkt, ſo erhalten ſie gleichwohl auch den anderen Theil*. Die Inteſtaterben ſind völlig ausgeſchloſſen.

b) Sind Miterben teſtamentariſch eingeſetzt und erwirbt einer das ihm Zugedachte nicht, ſo *wächſt es regelrecht den teſtamentariſch Mitberufenen an*, die ihre Portion erwerben. Dies auch dann, wenn der Teſtator erklärtermaßen das Gegentheil wollte.

c) Die Regel wird paralyſirt, wenn der Inteſtaterbe die *Anfechtung* des Teſtamentes gegen *einen* der Teſtamentserben durchſetzt und gerichtliche Reſciſſion deſſelben ihm gegenüber erlangt, während er hierzu dem anderen Teſtamentserben gegenüber nicht im Stande iſt. Dann kommt es *durch die Kraft des Urtheiles* zu einer *Konkurrenz der teſtamentariſchen und der Inteſtaterbfolge*.[2]

d) Unanwendbar war die Regel *bei Teſtamenten der Soldaten*. Denn für ſie iſt der Wille des Erblaſſers das Maßgebende.[3]

Das Alles ſcheint ein Räthſel. Iſt doch das Teſtament auch der

---

1) Cicero de inventione II, 21: Unius pecuniae dissimilibus de causis heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset, l. 7 D. de R. J. 50, 17. Pomponius libro 3 ad Sabinum: Jus nostrum non patitur eundem in paganis et testato et intestato decessisse: earumque rerum naturaliter inter se pugna est „testatus“ et „intestatus“, § 5 J. de heredibus instituendis 2, 14, . . . neque idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur.

2) l. 15 § 2 D. de inofficioso test. 5, 2. Papinianus libro 14 quaestionum: Filius, qui de inofficiosi actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est . . . credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum: et ideo pars hereditatis in testamento remansit nec absurdum videtur pro parte intestatum videri.

3) l. 6 D. de testamento militis 29, 1. Ulpianus libro 5 ad Sabinum: Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditum quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse: miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus.

Nichtsoldaten nichts Anderes als eine Willenserklärung. Im Willen des Erblassers hat es seine Quelle und ihm entnimmt es seine Kraft. Und doch erhält es eine Wirkung, die mit dem Willen des Erblassers in Widerstreit steht und weit über ihn hinausgreift![4]

Viele versuchen dies als eine Konsequenz der erbrechtlichen Principien zurecht zu legen. Aber ihre Spekulationen und Konstruktionen sind nicht gelungen. Offenbar sind die Gründe historische.

Eine Handhabe gab, daß die 12 Tafeln die gesetzlichen Erben nur für den Fall beriefen: „si intestato moritur". Die Jurisprudenz konnte hieraus argumentiren, daß auch ein Testament über einen bloßen Theil der Erbschaft die Intestaterben ausschließe. Zwingend war dieser Schluß aber keineswegs. Der entscheidenede Grund lag also hierin nicht. Wir finden ihn in Folgendem. Der altrömischen Zeit war ein einfaches, leicht zu handhabendes Recht unentbehrlich. Die Geschworenen, welche über die Privatrechtshändel entschieden, waren nicht im Stande, komplicirten Verhältnissen gerecht zu werden.

Die Kombination nun der Bestimmungen eines Testamentes, welches nur über Theile des Nachlasses verfügt, oder gar mehrerer solcher Testamente mit Anrechten von Intestaterben, ist oft eine schwierige. An dieser Aufgabe müht sich nicht selten auch der geschulte Verstand rechtsgelehrter Richter ohne überzeugenden Erfolg ab.

Der römische judex ließ sich auf solche Verwickelungen nicht ein. Wurde ein Testament beigebracht, so legte er es ausschließlich seinem Urtheile zu Grunde. Ein anderes Verfahren hätte als unausführbar und unpraktisch gegolten.

---

4) Ueber den Grund gehen die Ansichten sehr auseinander. Vgl. die Uebersicht von Mühlenbruch bei Glück Bd. 20 S. 142 und Gruchot a. a. O. Bd. 1 S. 373. Die Abhandlung von Huschke im rheinischen Museum Bd. 6 n. 8 und von Hölder, Beiträge zum römischen Erbrechte n. 9 enthalten in Widerlegung früherer Ansichten manches Treffende, ihre eigenen Ausführungen sind unbefriedigend. Thibaut, civ. Abhandlungen S. 62 erklärt die Regel aus dem Wortlaute der 12 Tafeln, Hofmann, kritische Studien n. 4 aus dem „favor testamenti". Hierin liegen beachtenswerthe Momente, aber eine ausreichende Begründung ist damit nicht gegeben. Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 88 und Amiet, der praktische Grund der Regel nemo pro parte testatus, Straßburger Inauguraldissertation 1883, suchen den Grund in der Absicht der Ausschließung des Konkurses über eine Erbschaftsquote. Bei der Schwierigkeit, — führen sie aus — eine Quote der erbschaftlichen Aktiva zu ihrem vollen Werthe zu veräußern, fordere das Interesse der Erbschaftsgläubiger, daß die Erbschaft nur ganz Gegenstand der Erbfolge oder ganz Gegenstand des Konkurses werden könne. Auch dies ist nicht überzeugend. Hätte hierin im alten Rom ein entscheidender Gesichtspunkt gelegen, so hätte man die Verhältnisse der Miterben ganz anders gestalten müssen, als es geschah. Denn die Miterben erhalten bekanntlich ideelle Theile der Nachlaßobjekte und die Erbschaftsschulden sind unter sie getheilt, so daß der Erbschaftsgläubiger, wenn der einzelne Miterbe seine Rate nicht zahlen kann, ganz regelrecht auf die Veräußerung des ideellen Theiles desselben verwiesen ist.

Dasselbe Motiv führte zu der Regel, daß das jüngere Testament nothwendig durch seine Existenz das ältere aufhebe, wenn auch die Bestimmungen beider ihrem Inhalte nach verträglich gewesen wären.[5]

In der Kaiserzeit hatten sich die Verhältnisse freilich geändert. Jetzt besaßen die römischen Richter die geistige Freiheit und die gereifte Bildung, um die Kombination mehrerer Berufungsgründe in das Werk zu setzen. Doch nunmehr hatte sich die alte Regel dem Rechte inkrustirt. Die Testamente waren auf dieselbe Weise zugeschnitten. Sie erhielt sich daher als Tradition des älteren Rechtes. Nur bei der neuen Rechtsbildung der Soldatentestamente wendete man sie nicht an.

Die Doktrin des gemeinen Rechts übernahm auch die altrömische Regel.[6] Dennoch konnte sie nie in der deutschen Volksauffassung Wurzel fassen und sich nicht in einer gesunden Praxis einbürgern.[7]

Auch sind ihr bereits im jüngsten römischen Rechte wesentliche Stützen entzogen. Bedeutsam war, daß nach früherem Rechte jede Erbeseinsetzung *ausdrücklich* zu geschehen hatte. Im späteren Rechte kann die Erbeseinsetzung auch stillschweigend geschehen. Wer nun bloß über einen Theil seines Nachlasses testamentarisch verfügt, spricht damit nach der heutigen Auffassung den Willen aus, daß die übrigen Theile den Intestaterben zufallen sollen. Diese sind hiernach berufen.[8]

---

5) Nur der Soldat konnte aus mehreren, zu verschiedenen Zeiten verfertigten Testamenten beerbt werden, l. 19 pr. D. de testamento militis 29, 1.

6) Vgl. Gruchot a. a. O. Bd. 1 S. 377. So noch der codex Max. bav. civ. Th. 3 Kap. 3 § 9, wozu Kreittmayr bemerkt: „Man verkennt nicht, daß dieses eine bloße römische Subtilität sei, welche ausgemustert zu werden verdient hätte. Demohngeachtet läßt es unser codex dabei bewenden, weil sich hieran nichts hätte reformiren lassen, ohne den langen Schweif, welcher daran hängt, gleichfalls mit wegzuschneiden." Anders das A.L.R. für die preußischen Staaten. Suarez fand es äußerst empörend für den gesunden Menschenverstand, daß, wenn der Testator in seinem Testamente ausdrücklich gesagt hat: filius soll mein Erbe sein, er soll aber nur die Hälfte meines Nachlasses bekommen — dieser filius jenem principio zu Gefallen dennoch das Ganze bekommt: ob es gleich klar ist, daß der Testator die andere Hälfte seines Nachlasses seinen nächsten Verwandten hat lassen wollen.

7) Gegen die Geltung der Regel erklärte sich u. a. Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 79, aber vgl. auch S. 345. Windscheid Bd. 3 § 537 Anm. 7 sucht in folgender — wie wir meinen, unzureichender — Weise zu helfen: „Für das heutige Recht ist die Frage, ob in der Erbeseinsetzung auf einen Theil des Nachlasses im Sinne des Erblassers eine Berufung zur Erbschaft und nicht vielmehr bloß die Anordnung eines Vermächtnisses gefunden werden müsse, viel eher im Sinne der letzteren Alternative zu beantworten, als sie nach röm. Rechte beantwortet werden dürfte.

8) In Folge des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 § 44 ist das Soldatentestament, abgesehen von seiner privilegirten *Form*, dem gemeinen Erbrecht unterworfen. Stellt man sich auf den Standpunkt unseres Textes, so bedurfte es in der That bezüglich der Regel nemo pro parte einer besonderen Bestimmung für die Soldatentestamente nicht mehr.

Anerkannt ist, daß ein Erbvertrag über einen bloßen Theil des Nachlasses die Intestaterbfolge bezüglich der anderen Theile der Erbschaft nicht ausschließt.

§ 58. Der Erwerb der Erbschaft.[1]

Der Erbschaftserwerb verlangt gewisse objektive Thatsachen und den Willen Erbe zu sein.

1. Die objektiven Thatsachen, die zum Erbschaftserwerbe erfordert werden, bilden die Delation oder Berufung. Es ist dies ein bildlicher, aber bezeichnender Ausdruck. Denn der Erbberechtigte ist durch jene Thatsachen vor die Entscheidung gestellt, ob er Erbe sein will oder nicht. Das erscheint so, als erginge von Seiten des Rechtes an ihn der Ruf oder der Antrag zum Erbewerden.[2]

Der Tod des Erblassers ist die für die Beerbung unentbehrliche Thatsache. Daher tritt die Berufung früheſtens mit dessen Tode ein.

Oft bedarf es aber noch späterer Ereignisse. Die Berufung steht beispielsweise trotz des Todes des Erblassers noch aus, wenn eine der Erbeseinsetzung zugefügte Bedingung noch schwebt oder wenn ein Embryo der nächste Erbe für den Fall seiner lebenden Geburt sein wird.

Der Ausdruck Berufung wird nicht immer als technischer gebraucht. Insbesondere spricht man auch von einer Berufung mittels Testamentes bei Lebzeiten des Erblassers bloß im Sinne von Erwählung des Erben.

2. In der Regel erwirbt man die Erbschaft durch Willensentschluß. Dies gilt nämlich bei allen Personen, welche nicht in der Gewalt des Erblassers bis zu dessen Tode standen, den extranei oder voluntarii heredes.

Anders ist es bei den Gewaltuntergebenen des Erblassers, im heutigen Rechte ausschließlich bei den Hauskindern desselben.[3]

Diese erwerben die Erbschaft ohne ihr Wissen und Wollen, selbst wenn sie überschuldet sein sollte. Jedoch gab ihnen der Prätor das Recht, sich dadurch von der Erbschaft loszumachen, daß sie sich derselben

---

1) Köppen, Lehrbuch S. 76. Vgl. auch Hofmann, kritische Studien S. 69.

2) l. 151 D. de V. S. 50, 16. Terentius Clemens libro 5 ad legem Juliam et Papiam: „Delata“ hereditas intellegitur, quam quis possit adeundo consequi. Die Delation wird nicht dadurch aufgehalten, daß der Berufene durch subjektive, in seiner Person liegende Gründe momentan an dem Erwerbe verhindert ist. Hofmann a. a. O. S. 70.

3) In Rom erwarben zwangsweise die Erbschaft auch die mit der Freiheit als Erben eingesetzten Sklaven des Erblassers.

enthielten — beneficium abstinendi. So werden auch sie definitiv Erben erst durch ihre Einmischung — einen Willensakt. Daher fällt bei ihnen Berufung und definitiver Erwerb keineswegs zusammen.

Wer einmal durch seinen Willensentschluß Erbe geworden ist, ist Erbe für immer. Der Erblasser kann also nicht Erben auf Zeit oder bis zu gewissen Ereignissen einsetzen. Semel heres, semper heres.[4]

§ 59. Die Erbfähigkeit.

Zu unterscheiden ist die Erbfähigkeit, die Fähigkeit zu erben im Allgemeinen, und die Kapacität, d. h. das Recht etwas aus einem bestimmten Nachlasse von Todeswegen zu erwerben.

1. Der römischen Auffassung war die Erbfähigkeit ein Vorrecht. Dasselbe stand nur römischen Bürgern zu, und außerdem zu Gunsten von Römern deren Sklaven.[1]

In zahlreichen Fällen war auch römischen Bürgern die Erbfähigkeit zur Strafe entzogen.[2]

Das Vorrecht, zu Erben eingesetzt zu werden, hatten ferner gewisse juristische Personen, insbesondere der Fiskus, die Gemeinden, die christliche Kirche und deren fromme Stiftungen. Andere Korporationen konnten es nur durch besondere Privilegien erhalten.[3]

---

4) Vgl. hierzu aber unten § 65.

1) Peregrinen waren erbunfähig, l. 6 § 2 D. de heredibus instituendis 28, 5, nicht minder deren Sklaven.

2) Erbunfähig zur Strafe waren namentlich a) alle zu einer Kapitalstrafe Verurtheilten, da sie entweder „servi poenae“ oder Peregrinen wurden, b) Ketzer und Apostaten, c) Söhne und Töchter von Hochverräthern, d) die Wittwe, welche das Trauerjahr verletzte; sie konnte nur Verwandte bis zum dritten Grade ab intestato beerben und nicht testamentarisch zur Erbin eingesetzt werden. Das Nähere siehe bei Vangerow Bd. 2 § 404.

3) Ueber die Erbunfähigkeit juristischer Personen vgl. Binding — der Aeltere — in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 8 S. 293 und die dort citirten Abhandlungen, vgl. auch Pernice, Labeo Bd. 1 S. 260 ff. a) Die Erbfähigkeit des römischen Staates wurde nie beanstandet, Pernice a. a. O. S. 264. b) Die Gemeinden dagegen galten lange Zeit als unfähig, zu Erben eingesetzt zu werden, wofür Ulpian, fragmenta XXII § 5 folgende wohl alt überlieferte, fadenscheinige Gründe beibringt: „nec municipia nec municipes heredes institui possunt, quoniam incertum corpus est et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt ut heredes fiant.“ Der ursprüngliche Grund war ohne Zweifel ein politischer, den man nicht eingestehen wollte: die Eifersucht Roms auf die Municipien. In der Kaiserzeit wurden letztwillige Zuwendungen an Stadtgemeinden — zunächst Vermächtnisse, Universalfideikommisse, schließlich auch Erbeinsetzungen — verstattet. Die Municipien waren nicht mehr gefährlich und bedurften der Zuschüsse durch Erbschaften zur Deckung ihres Deficits gar sehr. Die l. 12 C. de heredibus inst. 6, 24 von Leo erkennt das Erbrecht der Städte allgemein an. c) Die Erbfähigkeit der christlichen Kirche gewährleistete bereits Konstantin in der l. 1 C. de sacrosanctis

Die teſtamentariſche Erbfähigkeit — testamenti factio passiva — mußte in drei Zeiten vorhanden ſein:

a) zur Zeit der Teſtamentserrichtung,

b) zur Zeit des Todes des Erblaſſers oder, wenn die Einſetzung bedingt war, der Erfüllung der Bedingung. Unfähigkeit zwiſchen der Teſtamentserrichtung und dem Tode des Erblaſſers oder dem Eintritte der Bedingung wurde nicht beachtet.[4]

c) Die Fähigkeit mußte endlich von der Zeit der Berufung bis zum Erwerbe beſtehen.

Die Kapacität mußte nur zur Zeit der Berufung und des Erbſchaftserwerbes vorhanden ſein.

2. Nach gemeinem Rechte iſt die Erbfähigkeit kein Vorrecht mehr. Sie iſt in der allgemeinen Rechtsfähigkeit inbegriffen. Gewohnheitsrechtlich ſteht es insbeſondere feſt, daß juriſtiſche Perſonen ohne weiteres erbfähig ſind.[5]

Die Lehre von den drei Momenten iſt gemeinrechtlich weggefallen.

Geſellſchaften ohne juriſtiſche Perſönlichkeit haben auch die Erbfähigkeit nicht. Sind ſie gleichwohl inſtituirt, ſo kann die Meinung geweſen ſein, die einzelnen Mitglieder einzuſetzen. Iſt dies nicht der Fall, ſo iſt die Einſetzung gegenſtandslos.

Nach herrſchender Anſicht iſt allgemeine Bedingung der Erbfolge: Exiſtenz des Erben im Augenblicke des Todes des Erblaſſers.[6] Nur der Embryo, welcher damals im Mutterleibe war, gilt für den Fall lebendiger Geburt außerdem als erbfähig.

Doch jener Satz, welcher auch der modernen Rechtsauffaſſung nicht entſpricht,[7] iſt ohne römiſche Grundlage.

Es ſteht mit ihm namentlich im Widerſpruche, daß der römiſche

---

ecclesiis 1, 2. d) die Erbfähigkeit frommer Stiftungen beſtätigt l. 48 C. de episcopis 1, 3. e) Bezüglich anderer juriſtiſcher Perſonen beſtimmt l. 8 C. de hered. inst. 6, 24. Diocletianus et Maximianus: Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est.

4) Die Zwiſchenzeit zwiſchen der Teſtamentserrichtung und der Delation ſchadete alſo nichts, l. 60 § 4 D. de heredibus instituendis 28, 5. Celsus libro 16 digestorum: Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est, heres fit, si intra illud tempus quo testator decessit redierit aut, si sub condicione heres institutus est, quo tempore condicio exsistit.

5) Manche Neuere erachten die römiſchen Beſchränkungen der Erbfähigkeit juriſtiſcher Perſonen noch heute für maßgebend. Sie ignoriren damit die geſchichtliche Entwickelung ſeit dem Mittelalter, vgl. Gierke, das deutſche Genoſſenſchaftsrecht Bd. 3 S. 373, Arndts § 471 Anm. 3.

6) Vgl. z. B. Arndts § 471 Anm. 1.

7) Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 n. 63.

Erblasser seinem Sklaven gültig von einem künftigen Termine an die Freiheit hinterlassen und ihn doch zum Erben einsetzen konnte.[8] Obgleich der solchergestalt Instituirte im Augenblicke des Todes nicht Person war, wurde er mit Herankommen des Termins Erbe!

Eine andere Frage ist, ob solche Personen, welche im Augenblicke des Todes des Erblassers noch nicht koncipirt waren, als dessen Verwandte anzusehen und zu seiner Intestaterbschaft berufen sind. Dies verneinte noch das Pandektenrecht. Ob es durch die Novelle 118 modificirt wurde, ist später zu erörtern.[9]

Es giebt noch im heutigen Rechte Fälle beschränkter Kapacität.

§ 60. Indignität.[1]

Die Indignität spielt im Erbrechte der römischen Kaiserzeit eine große Rolle.

Testamentarische und gesetzliche Erbschaften sowie Vermächtnisse wurden nämlich in sehr vielen Fällen wegen Indignität entzogen und — als ereptorium — von Anderen in Anspruch genommen.

Es giebt zwei Hauptgruppen der Indignitätsgründe:

1. Mißachtung des Erblassers oder seines Andenkens oder seines letzten Willens. Insbesondere ist unwürdig, wer den Erblasser dolos tödtet oder verkommen läßt;[2] ferner wer im Falle der Ermordung

---

8) l. 9 §§ 17 und 18 D. de heredibus instituendis 28, 5. Ulpianus libro 5 ad Sabinum: Si servus ex die libertatem acceperit et hereditatem pure, mox sit alienatus vel manumissus, videamus, an institutio valeat. et quidem si alienatus non esset, potest defendi institutionem valere, ut die veniente libertatis, quae hereditatem moratur, competente libertate et heres necessarius existat. Sed si in diem libertas, hereditas autem sub condicione data sit, si condicio post diem advenientem exstiterit liber et heres erit.

9) Unten § 185.

1) Tit. Dig. de his, quae ut indignis 34, 9, Cod. de his quibus ut indignis auferuntur et ad S. C. Silanianum 6, 35. Keller, Institutionen S. 390, Vangerow Bd. 2 § 565.

2) Es ist Streitfrage, ob auch dem die Erbschaft entrissen wird, welcher durch levis culpa den Tod des Erblassers verschuldet hat. Nach l. 10 C. h. t. 6, 35 ist gefordert „dolo malo maritum necatum“. Dafür, daß auch einfache Verschuldung genüge, führt man gewöhnlich an l. 3 D. h. t. 34, 9. Marcianus libro 5 regularum: Indignum esse divus Pius illum decrevit, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per neglegentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur. Hier ist aber die Rede, daß der Gatte die Gattin, seine Erblasserin, planmäßig vernachlässigte und verkommen ließ, also von einem Falle des Dolus. So auch Keller a. a. O. S. 390, dagegen freilich Vangerow a. a. O., Windscheid Bd. 3 § 670 Anm. 1. Die Ereption tritt auch gegenüber Intestaterben ein, welche den Tod des Erblassers dolos herbeiführten, vgl. l. 9 D. de jure fisci 49, 14; Keller a. a. O.

desselben die Verfolgung seines Mörders versäumt.[3][4] Unwürdig sind auch die Intestaterben, welche den wahnsinnigen Erblasser hülflos trotz Aufforderung im Stiche lassen.[5]

Nicht minder galt als unwürdig, aus einem letzten Willen etwas zu erhalten, wer diesen als falsch[6] oder inofficiös angriff und rechtskräftig zurückgewiesen wurde.[7] Desgleichen ist die Unterdrückung des Testamentes des Erblassers durch seinen Intestaterben sowie eines Kodicilles durch den in ihm Onerirten ein Indignitätsfall.[8]

Hat ferner der Erblasser den Namen des eingesetzten Erben durchstrichen oder dessen Einsetzung formlos unter dem Vorwurfe der Unwürdigkeit zurückgenommen, so gilt der Erbe als unwürdig.

Zwang zur Errichtung der letztwilligen Verfügung, zwangsweise Abhaltung von Errichtung einer letztwilligen Verfügung begründen nicht minder Unwürdigkeit. Beruhte endlich das bestimmende Motiv der Erbeinsetzung auf Irrthum, wurde insbesondere ein unterschobenes Kind im Irrthum, es sei echt, eingesetzt, so ist der Berufene unwürdig.[9]

2. Zuwendungen, die ihren Grund in *gesetzwidrigem Verhalten* des Erblassers und des Honorirten haben, unterliegen gleichfalls der Entreißung.

---

3) Das S. C. Silanianum bestimmte, daß im Falle der Ermordung des Herrn alle ihm oder seiner Frau gehörenden Sklaven der peinlichen Frage durch die Folter zu unterwerfen und daß sie hinzurichten seien, wenn sie nicht an der That unschuldig befunden würden. Das sollte auch testamentarisch Freigelassene betreffen. Damit nun letztere sich noch nicht auf die Rechte der Freien und Bürger berufen könnten, verbot das S. C. die Eröffnung des Testamentes vor Vollziehung jener Vorschriften. Es wurde ferner für indignus erklärt, wer vor der Durchführung der Untersuchung und der Verhängung der Strafe über die Sklaven die Erbschaft antrat, l. 5 § 2 D. de S. C. Silaniano 29, 5. Ueberhaupt galt jeder als indignus, der versäumte, im Falle eines unzweifelhaften oder muthmaßlichen Mordes des Erblassers die Aufklärung zu erstreben und den Mörder zur Rechenschaft zu ziehen, l. 22, l. 26 D. de S. C. Silaniano 29, 5, l. 17, l. 21 D. h. t. 34, 9.

4) Ein weiterer Fall der Indignität war Erhebung einer „status controversia“ gegen den Erblasser, l. 9 § 1 D. h. t. 34, 9. Dabei ist doch wohl nur an die ungerechtfertigte Anfechtung der Freiheit oder des Bürgerrechtes gedacht. Hiernach ist der Fall nicht mehr praktisch.

5) nov. 115 cap. 3 § 12, cap. 4 § 6. Es verlor ferner sein Erbrecht zu Gunsten der Kirche seiner Heimathgemeinde, wer versäumte, seinen Erblasser, welcher in Gefangenschaft gerathen war, loszukaufen, nov. 115 cap. 3 § 13.

6) l. 5 §§ 1 ff. D. h. t. 34, 9. Die Indignität drohte auch den für die Falschheit des Testamentes aussagenden Zeugen — l. 5 § 10 D. cit. und — nach der Meinung Einiger — selbst dem Richter, welcher das Testament für falsch erklärte, wenn die höhere Instanz anders erkannte, l. 5 § 12 cit. Dies kann sich nach heutigem Rechte nur auf dolos falsches Zeugniß oder Urtheil beziehen.

7) l. 8 § 14 D. de inofficioso test. 5, 2. Ueber den Fall von l. 2 pr. D. h. t. 34 siehe Keller a. a. O. S. 396.

8) l. 26 D. de lege Cornelia de falsis 48, 10. Vgl. l. 4 D. eod.

9) Die bezüglichen Fälle sind später näher in das Auge zu fassen. Vgl. §§ 79 ff.

Dies trifft vor allem „tacita fideicommissa“ behufs Umgehung der testamentarischen Erwerbsbeschränkungen, wenn nämlich der Erblasser Jemandem eine Zuwendung macht, welcher sich *in einer aus dem letzten Willen nicht ersichtlichen Weise* zur Restitution derselben an einen Erwerbsunfähigen verpflichtet hat.[10]

Unrichtig ist die Behauptung, daß entrissen werde, was der Erblasser einer mit ihm in außerehelicher Geschlechtsverbindung stehenden Person letztwillig zuwendet.[11] Dies gilt vielmehr nur von strafbaren Verhältnissen.

Eripient war in Rom regelmäßig der Fiskus. Man nahm an, daß der Unwürdige das Zugedachte nicht behalten dürfe, und daß gleichwohl durch den Unwürdigen Andere, die nach ihm erbberechtigt wären, ausgeschlossen seien. So hatte der Fiskus Raum. Doch überwies man in einigen Fällen das Entrissene anderen Personen.

Insbesondere erhält den Nachlaß, wer die Intestaterben eines verlassenen Geisteskranken vergeblich zur Pflege aufgefordert hat und diese selbst übernahm.[12] Und wer sich der Vormundschaft, zu der er letztwillig berufen ist,[13] oder der ihm letztwillig aufgelegten Erziehung eines Kindes des Erblassers entzieht,[14] verliert das Zugedachte an die Personen, denen es ohne die Anordnung zugekommen wäre.

Die Berufung des Unwürdigen geschieht trotz seiner Indignität nach den gewöhnlichen Regeln. Er kann auch erwerben.

Aber das Erworbene wird ihm entrissen.[15] Kannte der Erbe die Indignität und tritt er gleichwohl die Erbschaft an, so werden ihm Ansprüche, die er gegen den Erblasser hatte und die in Folge seines

10) l. 10 pr., l. 11, l. 23 D. h. t. 34, 9. Ueber das Delationensystem, welches sich an diese Indignität anknüpfte, vgl. Keller a. a. O. S. 411.

11) Von „unerlaubten“ Geschlechtsverhältnissen sprechen Bangerow Bd. 2 § 565 I, Windscheid Bd. 3 § 672 Ziff. 2. Man führt hierfür l. 14 D. h. t. 34, 9 an. Papinianus libro 33 quaestionum: Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum jure militiae factum et id quod relictum est ad fiscum pertinere proxime tibi respondi. Es handelt sich aber hier um ein *stuprum*, d. h. eine nach römischem Rechte strafbare Verbindung mit einer anständigen Frauensperson, nicht um ein Konkubinat oder den Umgang mit einer Dirne, l. 35 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5; l. 13 D. eod. So ist auch l. 41 § 1 D. de test. militis 29, 1 zu erklären, wo von einer Frau die Rede ist, „in qua turpis suspicio cadere potest,“ d. h. einer heimlichen gesetzwidrigen Verbindung. Heutzutage ist außereheliche Geschlechtsverbindung, von Ehebruch und Inceſt abgesehen, nicht mehr strafbar, begründet also auch keine Indignität mehr im erbrechtlichen Sinne. Eine andere Erklärung siehe bei Keller a. a. O. S. 407.

12) nov. 115 cap. 3 § 12.

13) l. 5 § 2 D. h. t. 34, 9; l. 28 § 1, l. 36, l. 32 D. de excusationibus 27, 1.

14) l. 1 § 3 D. ubi pupillus educari 27, 2.

15) l. 16 § 2 D. h. t. 34, 9 „cum suo onere fiscum succedere“.

Antrittes durch Konfusion untergegangen sind, nicht wiederhergestellt. War er im Irrthume, so erfolgt Restitution.[16]

Die Anrechte des Fiskus werden nicht dadurch geschmälert, daß der Unwürdige das ihm Zugedachte ausschlug. Denn der Fiskus ließ sich die Beute nicht entziehen.[17]

Eine Frage, welche die neueren Romanisten kaum in das Auge fassen, ist, ob die Indignitätslehre in ihrer römischen Gestalt in Deutschland recipirt sei. Und doch ist dies mit der älteren Theorie und Praxis zu leugnen. Es handelt sich um eine Konfiskation, die das deutsche Rechtsbewußtsein nicht zuließ.[18]

Nach deutscher Rechtsbildung tritt an die Stelle des Fiskus wer berufen wäre, wenn der Unwürdige nicht existirt hätte.

§ 61. Die ruhende Erbschaft.[1]

Ruhend ist die Erbschaft — hereditas jacens[2] — in der Zeit zwischen dem Tode des Erblassers und dem Antritte des Erben.

Es bestand ein Kampf zwischen einer grobsinnlichen Auffassung, die, aus ältester Zeit stammend, in Rom nie ganz verdrängt wurde, und verfeinerten, durch die Jurisprudenz entwickelten Vorstellungen. Dabei handelt es sich keineswegs bloß um dogmatische Begriffe, sondern um handgreifliche Interessen.

---

16) l. 8, l. 17 D. h. t. 34, 9.

17) Wie aber, wenn der Unwürdige den Berufungsfall nicht erlebt? l. 26 D. h. t. 34, 9. Apud Scaevolam libro 30 digestorum Claudius notat: Si vivo testatore decesserit is, cui illicite legatum relictum erat, non fisco hoc vindicatur, sed apud eum, a quo relictum est, remanet.

18) Hommel, rhaps. V obs. 641. Paroemia juris Germanici: „Blutige Hand nimmt kein Erbe“ ... Respondit facultas juridica Lipsiensis 1775: titulum Pandectarum, de his quae ut indignis auferunter, non quidem penitus obsolevisse, attamen nostris moribus quia haec ereptio confiscationem redolet non fisco sed privatis cedere, nempe coheredibus aut cognatis aut si legatarius legato indignus sit heredi, si autem scriptus ex asse heres testamentum fieri destitutum. Vult qui institutus est heres esse, sed non potest. Hommel führt für seine Behauptung eine stattliche Reihe angesehener Praktiker, unter anderen Carpzov und Leiser an: „qui omnes uno ore non ad fiscum sed ad privatos indigni portionem pertinere affirmant“. An Dissentienten fehlte es natürlich nicht. So das O.A.G. Rostock, Seuffert, Archiv Bd. 17 n. 265. Neuerdings aber hat die richtige Ansicht eindringlich vertheidigt Fr. Zimmermann im Archiv für praktische Rechtsw., III. Folge Bd. 1 S. 355. Vgl. auch Wendt, Pand. § 373 a. E.

1) Die grundlegende Arbeit ist von Ihering, Abhandlungen n. 8, dazu Scheurl, Beiträge Bd. 1 n. 1. Die umfangreiche Litteratur hat neuestens Köppen, Lehrbuch S. 44 zusammengestellt.

2) In den Quellen findet sich der Ausdruck „hereditas jacet“, l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43, 24.

1. Ist der bisherige Eigenthümer todt, der Erbe aber hat noch nicht angetreten, so erscheint naiver Anschauung der Nachlaß ohne Herrn, also rechtslos zu sein.[3] Das war im alten Rom keineswegs bloße Theorie, sondern empfindliche Praxis:

a) Hiernach galt gewinnsüchtige Aneignung von Nachlaßsachen, solange sie der Erbe noch nicht in Besitz genommen hatte, nicht als furtum, war also straflos — ein Satz von größter Tragweite.[4] Im Augenblicke höchster Gefährdung des Vermögens, in welchem sein Träger und Schützer hinweggerafft ist, erhielt die Plünderung durch Verneinung der Strafbarkeit einen Freibrief!

b) Betrachtete man so den Nachlaß als herrenlos, so wäre es vielleicht folgerecht gewesen, jeden Okkupanten unmittelbar als Eigenthümer anzusehen. So weit ist man zwar nicht gegangen. Man statuirte aber die usucapio pro herede. Wer eine Nachlaßsache in Besitz nahm, usukapirte in einem Jahre ursprünglich die Erbenstellung, später die Nachlaßsache. Erst die Besitznahme seitens des Erben schloß die Möglichkeit einer solchen Usukapion aus.[5]

---

3) Von der Herrenlosigkeit geht namentlich Labeo aus. So l. 65 D. de her. inst. 28, 5 — servus hereditarius nullius est —, l. 13 § 5 D. quod vi aut clam 43, 24. Er bemühte sich, die Konsequenzen abzuwehren. Vgl. Pernice, Labeo Bd. 1 S. 358. Noch Gajus Inst. II § 9, l. 1 pr. D. de r. d. 1, 8 lehrt: quod humani juris est, id plerumque alicujus in bonis est; potest autem et nullius in bonis esse, nam res hereditariae antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt.

4) Gajus Inst. III § 201; l. 69—71 D. de furtis 47, 2; l. 6 D. expilatae hereditatis 47, 19. Eine eigenartige Erklärung versucht Scävola l. 1 § 15 D. si is qui testamento liber esse 47, 4. Ulpianus libro 38 ad edictum: Scaevola ait possessionis furtum fieri: denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem hereditas non habet quae facti est et animi. Dieser Versuch ist verunglückt. Ein furtum ist zweifellos an fremden Sachen möglich, die niemand besitzt, z. B. an im Seesturm ausgeworfenen Waaren, falls sich der Auswerfende blos des Besitzes, nicht auch des Eigenthumes entledigen wollte, l. 43 § 11 D. de furtis 47, 2. Der Satz „furtum hereditati non fieri" war vom Standpunkte der Zeit Scävolas nicht mehr zu erklären. Er bildete eben ein Residuum der älteren Anschauung, daß der Nachlaß herrenlos sei. Dies war die Ansicht von Paulus libro primo ad Neratium l. 6 D. expilatae hereditatis 47, 19: rei hereditariae furtum non fit, sicut nec ejus, quae sine domino est. Allerdings wendet Jhering a. a. O. S. 165 ein, daß die Aneignung von Nachlaßsachen auch nach dem Antritt der Erben, solange sie nicht in dessen Besitz gekommen waren, nicht als furtum betrachtet wurde, l. 2 § 1 D. exp. her. 47, 19 und schließt hieraus, daß die Besitzlosigkeit, nicht die Herrenlosigkeit der Nachlaßsache der Grund war. Der Satz beweist aber unseres Erachtens nur, daß man in der ältesten Zeit den Erwerb der Nachlaßsachen durch den Erben erst mit der Besitzergreifung als vollendet ansah.

5) Gajus Inst. II §§ 52 ff. Vgl. insbesondere § 54. Quare autem hoc casu etiam soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessione velut ipsae hereditates usucapi credebantur, scilicet anno. lex enim XII tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras

2. Die Jurisprudenz und kaiserliche Reskripte waren bestrebt, den Nachlaß zu schützen und dem Erben zu erhalten. Das setzte aber voraus, daß man die Idee der Herrenlosigkeit des Nachlasses durch andere Vorstellungen überwand.

Dazu schlug man verschiedene Wege ein.

a) Man stellte den Satz auf, der Erbe gelte, wann immer er die Erbschaft erwerbe, *als vom Tage des Todes des Erblassers an succedirend.*[6] Was inzwischen gegen den Nachlaß geschah, erscheint also nachträglich als eine Usurpation gegen den Erben.

b) Dies schien nicht ausreichend. Auch bei dieser Vorstellung blieb es dabei, daß der Nachlaß zunächst herrenlos war.

Bessere Hülfe war es, wenn sich in der Zwischenzeit ein gegenwärtiges Rechtssubjekt einführen ließ, unter dessen Namen der Nachlaß geschützt ist und verwaltet werden kann.

Nun ist die Person des Erblassers historisch der Mittelpunkt der Erbschaft, die Spur seines Wesens und Wirkens hat sich in seinem Nachlasse erhalten, aus ihm tritt er unserem geistigen Auge noch entgegen. Hiernach schien das Axiom gerechtfertigt: *der Nachlaß trägt die Person des Erblassers in sich und hat so noch in ihm seinen Herrn.* Dasselbe wurde vorzugsweise durch Julian vertreten und erhielt durch dessen Autorität Anerkennung.[7]

---

vero anno. ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est: et quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis etiam quae solo tenentur annua usucapio remansit. — Die von Gajus in § 55 angeführten „Gründe" für die usucapio pro herede: voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent et ut creditores haberent, a quo suum consequrentur, sind offenbar in späterer Zeit zur Beschönigung erdacht und nimmermehr die Wurzeln. Ueber die usucapio pro herede s. Keller, Institutionen S. 248, Hölder, Abhandl. S. 129 und die bei Arndts § 472 Anm. 2 Citirten, auch Ihering, Scherz und Ernst S. 137.

6) Einen bestimmten Ausdruck gab diesem Gedanken Cassius l. 28 § 4 D. de stipulationibus servorum 45, 3. Gajus libro 3 de verborum obligationibus: Illud quaesitum est, an heredi futuro servus hereditarius stipulari possit: Proculus negavit quia is eo tempore extraneus est. Cassius respondit posse quia qui postea heres extiterit, videretur ex mortis tempore defuncto successisse. Hiernach spricht denn Celsus libro 38 digestorum l. 198 D. de R. J. 50, 17 allgemein aus: Omnia fere jura heredum perinde habentur, ac si continuo sub tempus mortis heredes extitissent; ebenso Florentinus libro octavo institutionum l. 54 D. de acq. vel omitt. her. 29, 2: Heres quandoque adeundo hereditatem jam tunc a morte successise defuncto intellegitur. Aehnlich Paulus in der l. 138 pr. D. de R. J. 50, 17.

7) l. 33 § 2 D. de a. r. d. 41, 1. Ulpianus libro 4 Disputationum: Nam et condictio, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, ex persona defuncti vires assumit, ut Juliano placet: cujus et valuit sententia testantis personam spectandam esse opinantis. Vgl. l. 31 § 1 D. de her. inst. 28, 5; l. 15 pr. D. de interrogat. 11, 1. Am schärfsten spricht sich aus Ulpianus libro 4 de censibus l. 34 D. de a, r. d. 41, 1: Hereditas enim non heredis

Der kraß realistischen Vorstellung, daß der Nachlaß herrenlos sei, trat also die spiritualistische — etwas phantastische — gegenüber, daß der Nachlaß die Person des Erblassers repräsentire.

In innerer Verbindung hiermit stehen tiefgreifende Neuerungen. Ein Senatuskonsult erklärte unter Hadrian die usucapio pro herede dem Erben gegenüber als unwirksam.[8]

Die Plünderung der Erbmasse wurde als crimen expilatae hereditatis mit öffentlicher Strafe belegt, was eine Oratio von Mark Aurel bestätigte.[9]

Auch der Satz, daß die Erbschaft die Person des Erblassers in sich trage, hat schließlich nur den Zweck, dem Erben zu dienen. Soweit er mit berechtigten Interessen des Erben in Widerspruch kommt, hat er daher keine Anwendung.[10]

III. Zur Geschichte des Erbrechtes.

§ 62. Hereditas und bonorum possessio.[1]

Im ausgebildeten römischen Rechte bestehen nebeneinander zwei Erbrechtssysteme: das civile — die hereditas — und das prätorische — die bonorum possessio.

Die bonorum possessio ist in ihrer regelmäßigen Gestalt Universalsuccession wie die hereditas, begründet also den unmittelbaren Uebergang der Nachlaßaktiven sowie der Nachlaßschulden.[2] Die

---

personam, sed defuncti sustinet, ut multis argumentis juris civilis comprobatum est. So auch § 2 J. de heredibus inst. 2, 14.

8) Gajus Inst. II § 57. Im justinianischen Rechte wurden die Singularitäten der usucapio pro herede ganz beseitigt, es gelten nur die allgemeinen Grundsätze der Usukapionslehre.

9) l. 1 D. expilatae hereditatis 47, 19.

10) Hiernach heißt es: „hereditatem in quibusdam vice personae fungi — l. 15 pr. D. de usurp. 41, 3 oder in plerisque: pr. J. de stipulatione servorum 3, 17. In l. 35 D. de stipulat. serv. 45, 3 erklärt Modestinus libro septimo regularum eklektisch: Servus hereditarius et heredi futuro et hereditati recte stipulatur.

1) Die hauptsächlichen Quellen der Lehre sind tit. Inst. de bonorum possessionibus 3, 9, ferner das 37. Buch der Pandekten und zahlreiche Titel des 38. Buches, sowie Codex lib. 6 von tit. 9 an. Die neuere Litteratur stellt zusammen Leist in den unten genannten Schriften. Besonders zu nennen sind Löhr in seinem Magazin Bd. 3 S. 216 ff. und Bd. 4 S. 149 ff., Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bon. poss. 1837, Leist bonorum possessio Bd. 1 1844 und Bd. 2 1848 und Leist in Glücks Pand. Serie der Bücher 37 und 38 Bd. 1—5. Siehe auch Ubbelohde, die erbrechtlichen Interdikte bei Glück, Serie d. Bücher 43 und 44 Theil 3.

2) l. 3 § 1 D. de bonorum possessionibus 37, 1. Ulpianus libro 39 ad edictum: Hereditatis autem bonorumve possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim juris magis quam corporis possessio. denique

Regel nemo pro parte testatus, ferner die Akkrescenz treten bei der bonorum possessio wie bei der hereditas ein.

Bezüglich der Berufung und des Erwerbes walteten aber große Verschiedenheiten zwischen den beiden Instituten.

1. Das alte Civilrecht berief ab intestato ausschließlich agnatische Verwandte und Geschlechtsgenossen, es berücksichtigte in keiner Weise Kognaten, ebensowenig den überlebenden Ehegatten des Erblassers als solchen.

Der Prätor ertheilte dagegen die bonorum possessio auch bloßen Kognaten und dem überlebenden Ehegatten. Nicht minder entwickelte sich ein prätorisches Testament in freierer, vom Civilrecht abweichender Weise. Da konnte es denn geschehen, daß der eine heres, ein anderer bonorum possessor war. Wer ging dann vor? Ein allgemeines Princip bestand darüber nicht.[3]

An und für sich war das Recht des heres das besser fundirte.

Er konnte mit der hereditatis petitio, gestützt auf sein Erbenrecht, dem bonorum possessor den Nachlaß abstreiten und demselben den Besitz wieder entwinden. Aber da das spätere Rechtsbewußtsein überwiegend in der Ordnung der bonorum possessio Ausdruck gefunden hatte, so wurde doch der bonorum possessor in zahlreichen Kollisionsfällen durch exceptio doli generalis gegen den heres geschützt.

Wo die bonorum possessio durch den heres zunichte gemacht werden konnte, war sie sine re, d. h. ohne dauernden Effekt, sonst cum re.[4]

---

etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem adgnitam Labeo ait, l. 1 D. eod. Ulpianus eod. Bonorum possessio admissa commoda et incommoda hereditaria itemque dominium rerum, quae in his bonis sunt, tribuit: nam haec omnia bonis sunt conjuncta, l. 208 D. de V. S. 50, 16.

3) Hugo, bon. poss. Hal. 1788 und Löhr, Magazin Bd. 3 S. 304, Bd. 4 S. 441 behaupteten: die Erbfolgeordnung des Edictes habe allgemein den Vorzug vor derjenigen des Civilrechts gehabt. Wenn aber der Civilerbe die ihm nach dem Edikte angetragene bonorum possessio nicht rechtzeitig agnoscirt und in Folge dessen ein anderer die bonorum possessio erworben habe, sei dieselbe sine re. Doch den Quellen ist dies fremd, wie sich namentlich aus Gajus Inst. II §§ 119—121 ergiebt. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 399.

4) Ulpiani fragm. tit. XXVIII § 13: Bonorum possessio aut cum re datur aut sine re: cum re cum is, qui accepit cum effectu bona retineat: sine re cum alius jure civili evincere hereditatem possit. Gajus Inst. III § 36: Nam si verbi gratia jure facto testamento heres institutus creverit hereditatem, sed bonorum possessionem secundum tabulas testamenti petere noluerit contentus eo, quod jure civili heres sit, nihilominus ii, qui nullo facto testamento ad intestati bona vocantur, possunt petere bonorum possessionem; sed sine re ad eos pertinet, cum testamento scriptus heres evincere hereditatem possit. Vgl. Leist bei Glück Bd. 1 S. 312 u. 343.

2. Während der Erwerb der hereditas ein privater Vorgang ist, wurde die bonorum possessio durch gerichtlichen Akt erworben.

a) Das prätorische Edikt verzeichnete die Fälle, in denen die bonorum possessio ertheilt werden sollte.

Darauf hin war ihre Gewährung im Einzelfalle beim Prätor zu beantragen.[5] Dieser ertheilte sie ohne eingehende Untersuchung „ex edicto", d. h. für den Fall, daß der Antragsteller thatsächlich der nach dem Edikt Berufene war. Machte der Beliehene die bonorum possessio dann gegen Dritte im Prozeßwege geltend, so konnten diese das Nichtvorhandensein der nach dem Edikt erforderten Thatsachen noch einwenden und, hierauf gestützt, die Rechtsbeständigkeit der bonorum possessio leugnen.[6]

Diese Art der bonorum possessio nannte man edictalis.

b) In anderen Fällen verlieh der Prätor die bonorum possessio durch ein besonderes Dekret nach eingehender Sachuntersuchung — decretalis b. p.[7][8]

In der christlichen Kaiserzeit wurde die ediktale b. possessio nicht mehr besonders gegeben. Es genügte, daß sie bei irgend einem Gerichte agnoscirt, d. h. der Wille ihres Erwerbes gerichtlich verlautbart wurde.[9]

3. Für den Erwerb der hereditas bestanden keine gesetzlichen Fristen; der Erwerb der ediktalen bonorum possessio war dagegen an eine kurze Frist gebunden. Und zwar betrug sie in der Regel 100 Tage von der Berufung an; den Descendenten und Ascendenten

---

5) Die bonorum possessio galt als prätorisches „beneficium", Ulpianus fragm. tit. XXVIII § 12, es war Theil des officium jus dicentis „bonorum possessionem dare", l. 1 D. de jurisdictione 2, 1.

6) Vgl. Vangerow Bd. 2 § 400 und dort Citirte.

7) Ueber die Form der Ertheilung der bonorum possessio decretalis siehe l. 3 § 8 D. de bon. post. 37, 1. Die Fälle der bonorum possessio decretalis haben materiell nichts Gemeinsames; vgl. über sie Leist bei Glück Bd. 2 S. 265. Unter anderem gehören hierher Fälle provisorischen Erbschaftsbesitzes, wo definitiver Erwerb noch nicht möglich ist, oder wenigstens vertagt werden darf, wie bei der b. p. Carboniana, ferner Fälle, welche zwar der Wortlaut des Ediktes über die b. p. nicht deckt, die aber in dem Grundgedanken desselben einbegriffen sind.

8) Eine seit dem Mittelalter häufige Eintheilung der bonorum possessio ist die in ordinaria und in extraordinaria. Sie hat aber keine Grundlage in den Quellen. Allerdings kommen anklingende Ausdrücke vor, jedoch untechnisch nur, um den Gegensatz von gewöhnlichen und selteneren Fällen der b. p. zu bezeichnen. So l. 5 D. de legatis praestandis 37, 5; l. 3 § 15 D. de Carboniane edicto 37, 10 sowie § 8 J. h. t. 3, 9.

9) l. 9 C. qui admitti 6, 9. Leist bei Glück Bd. 2 S. 309.

des Erblaſſers aber lief ein Jahr. Die Berechnung war durchweg die utile.[10]

4. Der civilen Inteſtaterbfolge war in alter Zeit der merkwürdige Satz zu eigen: „in legitimis hereditatibus successio non est“. War alſo einmal eine Delation an die Inteſtaterben geſchehen und blieb ſie ohne Reſultat, ſo wurde nicht weiter deferirt; die Erbſchaft wurde vakant.

Dagegen ſtellte der Prätor für die ediktale bonorum possessio das successorium edictum auf. Wenn alſo die zunächſt Berufenen die bonorum possessio ausſchlugen oder ſie nicht innerhalb der Friſt agnoscirten oder ſonſt wegfielen, ſo geſchah eine neue Delation an die nach der Ordnung des Ediktes Folgenden.[11]

Der bonorum possessor erhielt ſämmtliche Klagen des Erben utiliter.[12 13]

Er hatte außerdem dadurch einen Vorſprung vor dem Civilerben, daß er ſich mittels des interdictum „quorum bonorum“ ſchleunig den Beſitz der körperlichen Erbſchaftsſachen erzwang. Aus dieſem Grunde war auch dem Civilerben der Erwerb der bonorum possessio[14] wünſchenswerth.

---

10) § 9 J. h. t. 3, 9; l. 1 § 9, § 12 D. de successorio edicto 38, 9.

11) l. 1 § 10 D. de successorio edicto 38, 9. Ulpianus libro 49 ad edictum: Quibus ex edicto bonorum possessio dari potest, si quis eorum aut dari sibi noluerit aut in diebus statutis non admiserit tunc ceteris bonorum possessio perinde competit ac si prior ex eo numero non fuit. Es iſt anzunehmen — wie Lenel, edictum S. 289 hervorhebt —, daß dieſer Bericht ziemlich wortgetreu dem Wortlaut des prätoriſchen Ediktes entſpricht.

12) Die Klagen zu Gunſten und zu Laſten des bonorum possessor waren ficticiae nach dem Schema: Si Aulus Agerius L. Titio heres esset, tum si eum fundum, de quo agitur, ex jure quiritium ejus esse oporteret. Gajus Inst. IV § 34. In dieſer Formel ſucht man vergebens die Erwähnung der grundlegenden Thatſache, daß Kläger die bonorum possessio ediktmäßig erworben hat. Aber mit Recht führt Lenel, edictum S. 143 aus, daß für die ſtändige Einfügung kein Bedürfniß beſtand, und daß praktiſche Gründe gegen ſie ſprachen. Denn häufig wird der Beklagte nicht in Abrede ſtellen, daß Kläger die bonorum possessio rechtmäßig erhalten hat, vielmehr nur, daß deſſen Erblaſſer Eigenthümer oder Gläubiger war. Dann bedurfte es keines Zuſatzes in der Formel, der nur Chikane nahe gelegt hätte. Leugnete aber der Beklagte den Erwerb der bonorum possessio durch den Kläger mit einigem Anſchein, ſo ſtand ihm die exceptio offen: „si A° A° ex edicto praetoris bonorum possessio data est“. Ebenſo war es, wenn Jemand als bonorum possessor belangt wurde. Leugnete er, bonorum possessor zu ſein, ſo mußte er eine bezügliche exceptio in die Klagformel inſeriren laſſen.

13) Der bonorum possessor erhielt ſogar nach Analogie der hereditatis petitio des Civilerben eine „hereditatis petitio possessoria“, vgl. hierüber Lenel, edictum S. 141.

14) Gajus Inst. III § 34 ab intestato heredes suos et agnatos ad bonorum possessionem vocat, quibus casibus beneficium ejus in eo solo videtur aliquam utilitatem habere, ut is qui ita bonorum possessionem petit interdicto cujus principium est „quorum bonorum“ uti possit.

§ 63. Entwickelung der bonorum possessio.

Die bonorum possessio ſtand dem Civilerben offen, wie auch gewiſſen Perſonen ohne civiles Erbrecht.

Dies drängt die Frage auf, wo liegt der Kern des Inſtitutes, handelte es ſich urſprünglich um Hülfe für den Civilerben oder um die Schaffung neuer Erbklaſſen?

Das letztere war die bei Weitem wichtigſte Funktion der entwickelten bonorum possessio. Hiernach unterſtellten die Juriſten der Kaiſerzeit, ſie ſei zum Zwecke der Ergänzung und Verbeſſerung des civilen Erbrechtes in das Leben gerufen.[1] Dies iſt die Anſicht vieler Neueren geblieben.[2] Sie iſt aber verfehlt. Erfahrungsgemäß bildet ſich das Recht der Praxis zunächſt unter Anlehnung an das Geſetz, es entwickeln ſich dabei neue Gedanken, welche über das Geſetzesrecht hinausführen und es allmählich umgeſtalten, ja verdrängen. Sollte es bei der bonorum possessio anders geweſen ſein? Welche Aufnahme hätte ein Prätor in Rom gefunden, wenn er ohne Vorbereitung ſtatt des Erbrechtes der 12 Tafeln ein neues unter dem neuen Namen proklamirt hätte!

a) Der urſprüngliche Zweck war vielmehr, dem Civilerben zu Hülfe zu kommen, indem man ihn in den Nachlaß einwies und zu dieſem Behufe mit dem interdictum quorum bonorum ausrüſtete. Sie war alſo eingeführt adjuvandi juris civilis gratia.

Hieraus erklärt ſich, daß der bonorum possessio die Ordnung des Civilrechtes zu Grunde liegt, die nur erweitert und modificirt iſt.[3]

Was den Prätor zu ſolcher Hülfe veranlaßte, darüber ſtreitet man.[4]

Anknüpfungspunkt war das uralte Recht des Prätors, bei Einleitung des Erbſchaftsprozeſſes dem einen Theil die Vindicien, d. h. den Beſitz zu ertheilen.

Es iſt aber ein begreifliches Beſtreben des Erben, auch ohne einen Prozeß anſtellen zu müſſen, möglichſt leicht und raſch in den Beſitz der

---

1) pr. J. h. t. 3, 9. Jus bonorum possessionis introductum est a praetore emendandi veteris juris gratia.

2) So Savigny, vermiſchte Schriften Bd. 2 S. 231, Windſcheid Bd. 3 § 582 Anm. 4. Noch Andere führt Leiſt bei Glück a. a. O. Bd. 1 S. 40 an.

3) Anſchaulich tritt uns der Entwickelungsgang in den Berichten Ciceros, insbeſondere in Verrem II, 1 cap. 44 §§ 14 ff. entgegen, vgl. hierüber Leiſt bei Glück S. 50.

4) Die verſchiedenen Anſichten ſtellt Leiſt bei Glück a. a. O. Bd. 1 S. 44 dar. Hier tiefer auf dieſelben einzugehen und damit meine Darſtellung aus einer gewiſſen Allgemeinheit herauszuheben und näher zu begründen, würde zu weit führen.

Erbschaft zu gelangen. In Rom, wo die Plünderung der Erbschaft straffrei war, mußte dies Bedürfniß auf das dringendste hervortreten. Man entsprach ihm, indem man die bonorum possessio demjenigen ertheilte, welcher prima facie als Erbe erschien.[5]

b) Später kam man dazu, die bonorum possessio, *falls ein Civilerbe nicht existirte oder sich wenigstens nicht meldete*, Personen zuzuweisen, welche nicht Erben waren.

Ohne die Dazwischenkunft des Prätors wäre die Erbschaft dem ersten Okkupanten und Usukapienten zugefallen. Gerechter und billiger erschien es, sie denen zu verschaffen, welche in naher Familienbeziehung mit dem Erblasser standen, insbesondere Kognaten, die das Civilrecht nicht berücksichtigte, und dem überlebenden Ehegatten.

So entstanden Klassen der bonorum possessio supplendi juris civilis gratia.

c) Ein letzter Schritt war es, daß man die bonorum possessio in gewissen Fällen *Nichterben gab und diese gegen den Erben schützte* — corrigendi juris civilis gratia.

Dies bildete den Höhepunkt des Institutes, von dem es allmählich wieder hinabstieg.

Im jüngsten römischen Rechte wurde die hereditas selbst erweitert und der Billigkeit gemäß umgebildet. Es bedurfte daher der Ergänzung durch die bonorum possessio kaum noch und sie wurde fast ganz absorbirt. Gemeinrechtlich vollends ging sie im Erbrecht auf. Daneben blieben provisorische Einweisungen präsumtiver oder eventueller Erben übrig, welche man wohl mit dem Namen der b. p. belegt, die aber ihren ganz besonderen Charakter haben.

§ 64. *Legate und Fideikommisse.*[1]

Bis Justinian bestanden auch für Vermächtnisse zwei Institute, ein altciviles — das *Legat* — und ein neueres — das *Fideikommiß*.

1. Die Legate waren an Formen gebunden und strikten Rechtes.

---

5) Das Edikt über die bonorum possessio secundum tabulas hat bei Cicero in Verrem II, 1 cap. 45 § 117 folgenden Wortlaut: Si de hereditate ambigitur et tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo. Aller Wahrscheinlichkeit nach begann hiermit das älteste Edikt über die bonorum possessio. Das „ambigitur" weist die ursprüngliche Verbindung mit dem Erbschaftsprozesse nach. Dagegen sind im Edikte Hadrians die Worte „si de hereditate ambigitur", soweit ersichtlich, verschwunden, Lenel, edictum S. 277.

1) Gajus Inst. II §§ 192 ff. Ulpiani fragm. tit. XXIV und XXV.

Nur in gültigen Testamenten waren sie möglich, nur den Testamentserben konnten sie aufgelegt werden; sie mußten der Erbeseinsetzung als dem Hauptstück des Testamentes nachfolgen, sonst waren sie nichtig.[2]

Es gab 4 Typen. Zwei sind Hauptarten, zwei sind Nebenarten.

a) Das legatum per vindicationem übertrug unmittelbar Eigenthum. Seine specifischen Worte waren „do lego"; doch auch „sumito", „capito", „sibi habeto" erkannte man an.[3]

Die vermachten Objekte mußten zur Zeit des Todes im quiritischen Eigenthume des Erblassers stehen, nicht minder — von Fungibilien abgesehen — bereits im Augenblicke der Testamentserrichtung, sonst waren sie ungültig vermacht.

Der Legatar erwarb nach der Lehre der Sabinianer das Eigenthum mit dem Antritte des Erben ohne sein Wissen und Wollen, doch konnte er repudiiren; die Prokulianer forderten dagegen zum Erwerbe eine Annahmeerklärung seitens des Legatars.[4]

b) Die andere Hauptform war das Damnationslegat mit der Formel: „damnas esto dare".[5] Dies Legat gab nicht unmittelbar Eigenthum, begründete vielmehr eine Obligation des Erben zur Uebereignung. In solcher Weise konnte der Erblasser auch Sachen seines Erben oder Dritter vermachen, die der Erbe zu erwerben und zu geben oder deren Preis er zu bezahlen hatte.

c) Eine Nebenform des Damnationslegates war das l. sinendi modo relictum, welches den Erben zum Dulden der Wegnahme verpflichtete. Es genügte hierzu, daß die legirte Sache dem Erblasser zur Zeit seines Todes oder daß sie wenigstens dem Erben gehörte.[6]

d) Das Vindikationslegat hatte eine Nebenform in dem Präceptionslegat mit der Formel „praecipito", vorzugsweise zu Gunsten eines Miterben.

---

2) Gajus Inst. II § 229. Ulp. fragm. XXIV § 15.

3) Gajus Inst. II § 193. Die Meisten halten mit Recht das Vindikationslegat für das älteste Legat, für die Urform. Es ist das einfachste, wiederum aber auch das strikteste, was beides auf ein höheres Alter hinweist. Doch ist Hölder, zur Geschichte des römischen Erbrechtes 1881 S. 72 anderer Ansicht.

4) Gajus II § 195.

5) Gajus Inst. II § 201. Ulp. fragm. XXIV § 14.

6) Gajus Inst. II § 209. Wie kam man auf das sonderbare legatum sinendi modo relictum? In dieser Form allein ließen sich Objekte vermachen, die des quiritarischen Eigenthums unfähig waren, z. B. die possessiones am ager publicus, die praedia provincialia. Vgl. Ulpianus fragm. XXIV § 9: res populi . . nec per damnationem legari potest, quoniam dari non potest. So wird auch der bonitarische Eigenthümer, welcher seinen Erben nicht zur Gewährung des quiritarischen Eigenthums verpflichten wollte, vermacht haben.

Die Sabinianer wollten es ausschließlich für Miterben gelten lassen, die Prokulianer behandelten es als Vindikationslegat, auch wenn es Fremden zugewendet war.[7]

Das S. C. Neronianum milderte die schroffe Scheidung der Legatsarten.[8]

2. Fideikommisse, d. h. Vermächtnisse, die ohne Beobachtung der civilrechtlichen Regeln, nicht befehlend, sondern ersuchend angeordnet wurden, waren seit Alters in Rom häufig. Denn wegen eines einzelnen Vermächtnisses ein Testament zu errichten, welches stets die Gesammterbschaft betreffen mußte, war oft lästig, oft nicht ausführbar. Nicht selten ordnete man auch Fideikommisse zu Gunsten von Personen an, die man nach Civilrecht nicht bedenken konnte. Eine Schrifturkunde — codicilli — war die Regel, die sich im Interesse der Anordnung von selbst empfahl; nothwendig war sie nicht.

Die Fideikommisse standen außerhalb des Rechtes; Pietät und Dankbarkeit des Beauftragten — des Fiduciars — sowie Scheu vor der öffentlichen Meinung bewirkten gleichwohl regelmäßig Erfüllung. Seit Augustus aber wurden sie extra ordinem klagbar.[9]

Seitdem wurden sie allmählich einschränkenden Rechtsregeln unterworfen.[10] Ja in der christlichen Kaiserzeit verloren sie die ursprüngliche Formlosigkeit der Errichtung und es wurde Zuziehung von 5 Zeugen regelmäßige Form — die Kodicillarform.

Justinian endlich verschmolz Legate und Fideikommisse. Jedes Vermächtniß sollte die Vorzüge des Legates und des Fideikommisses vereinigen.[11]

---

7) Gajus Inst. II § 216. Nach der Ansicht der Sabinianer konnte das Präceptionslegat auch nicht mittels selbständiger Klage, sondern nur bei Gelegenheit der actio familiae erciscundae vom Prälegatar geltend gemacht werden.

8) Ulp. fragm. XXIV § 11. Si ea res, quae non fuit utroque tempore testatoris ex jure Quiritium per vindicationem legata sit, licet jure civili non valeat legatum, tamen senatusconsulto Neroniano firmatur; quo cautum est, ut quod minus aptis verbis legatum est perinde sit ac si optimo jure legatum esset: optimum autem jus legati per damnationem est. Gajus Inst. II §§ 197, 218.

9) § 1 I. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23, pr. I. de codicillis 2, 25.

10) Vgl. über fideicommissa Gajus Inst. II §§ 246 ff., speciell über die Unterschiede der Legate und der Fideikommisse: Gajus Inst. II §§ 268 ff., siehe ferner Ulp. fragm. XXV.

11) l. 2 C. communia de legatis 6, 43.

§ 65. Fideikommissarische Erbschaften.[1]

Die Auflage der Restitution einer Erbschaft oder einer Quote derselben wird von den Neueren meist Universalfideikommiß genannt.[2]

Seit der Kaiserzeit nahm dies Institut einen hohen Aufschwung, so daß es durch die Gesetzgebung besondere Pflege erhielt.

Was veranlaßte diese Entwickelung eines neuen mächtigen Astes an dem alten Baum des römischen Erbrechtes?

Das alte Recht hatte die Regel semel heres, semper heres gebildet. Dieselbe sicherte einfache und durchsichtige Verhältnisse, schnitt Verwickelungen ab, die unvermeidlich sind, wenn sich mehrere Erben zeitlich folgen, und beseitigte Schwierigkeiten für die Erschaftsgläubiger, die bei einem Wechsel der Erben, welche die Nachlaßschulden zu entrichten haben, leicht entstehen.

Auf die Dauer kam man aber mit jener einfachen durchgreifenden Regel nicht aus. Erhielt sie sich gleich grundsätzlich, so wurde sie doch praktisch durch das Universalfideikommiß umgangen. Denn oft ist die Lage der Familie so, daß der Erblasser wünschen muß, dem Erben — als Fiduciar — seinen Nachlaß nur auf Zeit oder bis zu gewissen Ereignissen, dann aber Anderen — als Fideikommissaren — zu hinterlassen, ihn beispielsweise dem überlebenden Ehegatten auf Lebenszeit zuzuwenden, nach dessen Tode aber seinen nächsten Verwandten. Zuweilen empfiehlt es sich ferner, die Mittelsperson eines fiduciarischen Erben im Interesse des Fideikommissars zu wählen,[3] z. B. weil dieser den Nachlaß zur Zeit als Erbe wegen Abwesenheit oder Geisteskrankheit nicht erwerben könnte.

So kommt es, daß man den Einen zum Erben einsetzt und ihm auflegt, dem Anderen die Erbschaft herauszugeben.

Dies Universalfideikommiß war ursprünglich bloßes Vermächtniß. Dabei stieß man aber auf große praktische Schwierigkeiten. Denn der Erbe war verpflichtet, dem Universalfideikommissar die Aktiven der Ebschaft

---

1) Gajus Inst. II § 247: Tit. Inst. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23, Dig. ad S. C. Trebellianum 36, 1, Cod. 6, 49.

2) Manche, z. B. Windscheid Bd. 3 § 662, sprechen von „Erbschaftsvermächtniß". Kommt man aber dann zu „Erbschaftsvermächtnißnehmer" und folgerecht zu „Erbschaftsvermächtnißträger" — statt Fiduciar — so wird die Bezeichnung bedenklich.

3) l. 48 D. h. t. 36, 1 . . prorogando tempus solutionis tutelam magis heredi fiduciario permisisse videatur. l. 3 § 3 D. de usuris 22, 1.

zu übereignen und zu cediren, blieb aber gleichwohl den Erbschaftsgläubigern ausschließlich haftbar.[4] Wohl konnte er von dem Universalfideikommissar Deckung für die Erbschaftsschulden, eventuell Ersatz seiner Auslagen für dieselben fordern. Aber er trug die Gefahr, wenn dieser seine Schuldigkeit ihm gegenüber nicht erfüllte. Dann mußte er den Erbschaftsgläubigern aus eigenem Vermögen zahlen, und von dem Universalfideikommissar, welcher die Erbschaftsaktiven an sich genommen hatte, erlangte er keinen Ersatz.

Dies veranlaßte das S. C. Trebellianum. Danach gehen die Erbschaftsklagen, aktive und passive, auf den Universalfideikommissar über, sowie ihm der Nachlaß restituirt ist; der Fiduciar kann fortan die Erbschaftsklagen nicht mehr geltend machen und wegen der Nachlaßschulden nicht mehr belangt werden.[5]

Auch nach dem S. C. Trebellianum ist das Universalfideikommiß zunächst Vermächtniß, wird als solches erworben und begründet nur einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben auf Restitution. Doch läuft es in eine mittelbare Erbfolge aus. Denn nach der Restitution vertritt der Universalfideikommissar den Erblasser und steht an Stelle des Erben.

Dem Trebellianum folgte bald das S. C. Pegasianum.[6] Dasselbe dachte energisch auf den Antritt des Erben hinzuwirken, durch welchen die Geltung des Universalfideikommisses als eines Vermächtnisses rechtlich bedingt war. Seine Bestimmungen waren jedoch zum Theil wenig geschickt.

---

4) Gajus Inst. II § 252. Olim autem nec heredis loco erat nec legatarii sed potius emptoris: tunc enim in usu erat ei cui restituebatur hereditas nummo uno eam hereditatem dicis causa venire; et quae stipulationes inter venditorem hereditatis et emptorem interponi solent, eaedem interponebantur inter heredem et eum cui restituebatur hereditas, id est hoc modo: heres quidem stipulabatur ab eo cui restituebatur hereditas, ut quidquid hereditario nomine condemnatus fuisset sive quid alias bona fide dedisset, eo nomine indemnis esset; et omnino si quis cum eo hereditario nomine ageret, ut recte defenderetur; ille vero qui recipiebat hereditatem invicem stipulabatur ut si quid ex hereditate ad heredem pervenisset id sibi restitueretur, ut etiam pateretur eum hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.

5) l. 1 § 2 D. h. t. 36, 1: Verba haec sunt: Cum esset aequissimum in omnibus fideicommissariis hereditatibus, si qua de his bonis judicia penderent, ex his eos subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quam cuique periculosum esse fidem suam: placet, ut actiones quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos neque his dari, qui fidei suae commissum sic, uti rogati essent, restituissent, sed his et in eos quibus ex testamento fideicommissum restitutum fuisset: quo magis in reliquum confirmentur supremae defunctorum voluntates.

6) Gajus Inst. II §§ 254 ff.

Nach ihm hatte der Erbe das Recht zum Abzuge der *falcidischen Quart* auch dem Universalfideikommissar gegenüber. In diesem Falle wurde jedoch nicht ex Trebelliano restituirt, sondern in Gemäßheit des früheren Rechtes, so daß der Fiduciar dauernd ausschließlich den Erbschaftsgläubigern trotz der Restitution von drei Viertheilen der Erbschaftsaktiven haftbar blieb. Dies läßt sich nur daraus erklären, daß sich die Vorschriften des Trebellianum noch nicht eingelebt hatten und von dem Verfasser des S. C. Pegasianum mit Mißtrauen betrachtet wurden.

Ferner verordnete das Pegasianum für den Fall, daß sich der fiduciarische Erbe des Erbschaftsantrittes weigerte, prätorischen Zwang zum Antritt auf Antrag des Universalfideikommissars, so daß dann aber auf diesen alle Vortheile und Lasten der Erbschaft sofort übergingen.

Justinian bestimmte wieder, daß das *Universalfideikommiß in allen Fällen ex Trebelliano zu restituiren sei.*[7] Wenn also der Fiduciarerbe die Quart — die jetzt s. g. Trebelliana — abzieht, so behält er nur zu $^1/_4$ die Stelle eines Erben und zu $^3/_4$ geht sie auf den Universalfideikommissar über.

Zweiter Abschnitt.

Die einseitigen letztwilligen Verfügungen.

Erstes Kapitel.

Begriff und allgemeine Grundsätze.

§ 66. Das Testament und das Kodicill.

Die altrömische Zeit kannte nur *eine* rechtsverbindliche letztwillige Anordnung des Erblassers: das Testament. Seit Augustus traten an die Seite der Testamente die Kodicille.

1. *Testamente* sind einseitige letztwillige Verfügungen, durch welche sich der Erblasser *einen Erben ernennt.*[1][2] In einem ab-

7) § 7 J. h. t. 2, 23.

1) Das Wesen des Testamentes bezeichnet § 34 J. de legatis 2, 20 „Testamenta vim ex institutione heredum accipiunt", vgl. l. 10 D. de jur. cod. 29, 7. Die echte Definition des Testamentes aber war in Rom eine andere. Noch von

geleiteten Sinne verſteht man unter Teſtament auch die Schrift-urkunde über dies Geſchäft — die tabulae testamenti.[3]

Das Teſtament kann außer der Erbeseinſetzung Anordnungen anderer Art enthalten, insbeſondere Vermächtniſſe, ferner Vormundſchaftsernennungen, in Rom Freilaſſungen.

Begrifflich weſentlich iſt aber dem Teſtamente nur die Erbeseinſetzung. Sie iſt ſeine Grundlage; wird ſie nicht verwirklicht, ſo fällt das ganze Teſtament.

2. Kodicille ſind einſeitige letztwillige Verfügungen, welche die Einſetzung eines Erben nicht enthalten.[4]

Auch die Schrifturkunde über derartige Geſchäfte nennt man Kodicill. Dies war ſogar ſprachlich die eigentliche und urſprüngliche Bedeutung des Wortes. Seit man unter Kodicillen auch das bezügliche Geſchäft verſteht, ſpricht man aber ungeſcheut auch von mündlichen Kodicillen.[5]

Die Kodicille ſetzen eine unabhängig von ihnen eintretende Erbfolge voraus.

Sie ſind teſtamentariſche, wenn ſie ſich an ein Teſtament anlehnen, und Inteſtatkodicille, wenn ſie ſich an Inteſtaterben wenden.

---

den ſpätklaſſiſchen Juriſten wird es als „die“ letztwillige Verfügung definirt, gleich als gäbe es außer ihm keine, worin man meiſt — Windſcheid Bd. 3 § 538 Anm. 3 — nur eine Ungenauigkeit ſieht, während es ſich daraus erklärt, daß das Teſtament in der alten Zeit die einzige und noch in der Kaiſerzeit die alleinige echt civile letztwillige Verfügung war. In dieſem Sinne ſagt noch Modestinus libro 2 pandectarum l. 1 D. qui test. facere possunt 28, 1: Testamentum est voluntatis nostrae justa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit. Darauf ſpielt auch die ſchülerhafte Etymologie an: pr. J. de testamentis 2, 10: Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est!

2) Köppen, Vertrag unter Abweſenden S. 84 meint, das Teſtament ſei nur das Element eines Rechtsgeſchäftes und vollende ſich erſt mit dem Tode des Teſtators. Dies iſt unrichtig. Das Teſtamentsgeſchäft iſt unmittelbar mit der Solenniſirung vollendet. Es hat auch bereits in dieſem Momente eine wichtige Rechtswirkung, denn es rumpirt ein etwa früher verfertigtes Teſtament mit dem Augenblicke ſeiner Errichtung, ſelbſt für den Fall, daß es vor dem Tode des Teſtators hinfällig wird. Vgl. gegen Köppen: Kohler in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 7 S. 736.

3) Daſſelbe Teſtament kann in mehreren Urkunden, die alle gleichermaßen Originale ſind, ſolenniſirt werden, l. 24 D. qui test. facere 28, 1, l. 3 § 1 D. de tab. exhib. 43, 5, l. 4 D. de his, quae in testamento del. 28, 4. Enthalten dieſe verſchiedenen, gleichzeitig ſolenniſirten Originale verſchiedene Beſtimmungen, ſo ſind ſie zu kombiniren, l. 1 § 6 und § 7 D. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11. In der altrömiſchen Zeit hätte man ſich auf ſolche Komplikationen nicht eingelaſſen.

4) l. 10, l. 20 D. de jur. cod. 29, 7, § 2 J. eod. 2, 25. Es gilt der Satz: „codicillis hereditas neque dari neque adimi potest“. Ein ausführliches Werk über Kodicille giebt Fein bei Glück Bd. 44 und 45.

5) Schon Juſtinian l. 3 pr. C. de bon. libert. 6, 4 ſpricht von „codicillis sine scriptis habitis“. Neuere bezeichnen mündliche Kodicille als „nuncupativi“.

Die teſtamentariſchen Kodicille wiederum ſind theils *konfirmirte*, d. h. ſolche, die der Erblaſſer in ſeinem Teſtamente nachträglich oder im voraus beſtätigt hat, theils *nichtkonfirmirte*.[6] Konfirmirte Kodicille konnten in Rom auch civilrechtliche Anordnungen, insbeſondere Legate aufnehmen, nichtkonfirmirte dagegen nur fideikommiſſariſche Verfügungen.[7] Derzeit hat dies keine praktiſche Bedeutung mehr.[8]

Mit der Zulaſſung teſtamentariſcher Kodicille war der altrömiſche Gedanke aufgegeben, daß der Erblaſſer, welcher ein Teſtament hinterließ, einzig aus dieſem beerbt werde.[9] Man ſuchte ihn jedoch dadurch feſtzuhalten, daß man die teſtamentariſchen Kodicille als *Theile des Teſtamentes* behandelte.[10]

Hieraus ſchloß man, daß die teſtamentariſchen Kodicille ohne Wirkung ſeien, wenn das Teſtament nicht zu Kräften kommt.[11] Ja man ſtellte die ſ. g. *kodicillariſche Fiktion* auf, wonach die in dem Kodicille getroffenen Anordnungen ſo beurtheilt werden, *wie wenn ſie in dem Teſtamente ſelbſt enthalten wären*.[12] Hiervon machte man auch einzelne Anwendungen. Indeſſen ließ ſich dieſe höchſt unnatürliche Auffaſſung nicht aufrecht erhalten. Die teſtamentariſchen Kodicille ſind vielmehr in der Regel als beſondere Zuſatzgeſchäfte *nach der Zeit ihrer Errichtung* zu beurtheilen.[13]

---

6) l. 8 pr. § 1 D. eod. 29, 7.

7) Gajus Inst. II § 270a.

8) Dies in Folge der Verſchmelzung von Legaten und Fideikommiſſen im juſtinianiſchen und der Umgeſtaltungen des Vormundſchaftsrechtes im gemeinen Rechte. Vgl. oben Bd. 3 § 64 Anm. 11, § 44.

9) Oben Bd. 3 § 57.

10) l. 11 D. testamenta quemadmodum 29, 3: Codicilli pars intelleguntur testamenti.

11) l. 3 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7.

12) l. 2 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7. Julianus libro 37 digestorum: Codicillorum jus singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent. Fein bei Glück Bd. 44 S. 233.

13) Eine richtige Würdigung der kodicillariſchen Fiktion findet ſich bei Kohler in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 7 S. 733. Vgl. auch Windſcheid Bd. 3 § 630 bei Anm. 8. Die ſ. g. kodicillariſche Fiktion wird in den bei Weitem meiſten Fällen, wo ſie in Frage kommen könnte, von den römiſchen Juriſten nicht angewendet, vgl. unter Anderem l. 4, l. 8 § 4, l. 14 pr. D. h. t. 29, 7. Ja in der l. 2 § 1 D. h. t. 28, 7 hat ſie Julian ſelbſt nicht beachtet; ſiehe ferner l. 17 § 4 D. de testamento militis 29, 1. Fein betrachtet als *allgemeines Princip*, auf welches ſich die „Ausnahmefälle“ von der kodicillariſchen Fiktion zurückführen ließen, ihre Unanwendbarkeit dort, wo eine Veränderung bloß in den *faktiſchen Zuſtänden* nach Errichtung des Teſtamentes eingetreten ſei. Aber mit Unrecht führt er für dieſen verfehlten Verſuch Marcian l. 7 § 1 D. de jure cod. 29, 7 als Gewährsmann an. Denn dieſer bemerkt nur, daß die Fiktion *auch* — praeterea — nicht eintrete „in illis, quae non juris sed facti sunt“, „veluti si ita codicillis scriptum erit „vestem quae mea est““ codicillorum tempus spectandum non quo confirmantur“. Marcian

Teſtament und Kodicill ſind einſeitige Rechtsgeſchäfte, bloß Manifeſtationen des Willens des Erblaſſers. Urkundsperſonen — Zeugen oder Richter — ſind zwar bei der Errichtung regelrecht zuzuziehen, aber auf den Inhalt der Verfügung haben ſie nicht einzuwirken. Die Gegenwart des Erben ferner oder anderer Honorirter, ihre etwaige Erklärung über Annahme oder Ablehnung der Honorirung zur Zeit der Errichtung iſt für die Gültigkeit des Teſtamentes und des Kodicilles einflußlos. Erſt nach dem Tode des Erblaſſers kommt die Erklärung der Honorirten in Betracht.

Der Erblaſſer iſt, ſolange er lebt, zum Widerrufe ſeines Teſtamentes und ſeiner Kodicille befugt. Dies Recht verliert er nicht durch die Erklärung, ſich deſſelben begeben zu wollen, die ſ. g. derogatoriſche Klauſel.[14] [15] Ebenſowenig kann er beſondere Bedingungen und beſondere Formen für etwaige Nachträge oder einen Widerruf rechtsverbindlich feſtſetzen.[16]

§ 67. Teſtirrecht und Teſtirfähigkeit.[1]

Der Erblaſſer muß das Recht und die Fähigkeit zu teſtiren — testamenti factio — haben,[2] damit ſein Teſtament, nicht minder ſein Kodicill,[3] gültig ſei.

ſtellt damit nicht in Abrede und konnte nicht in Abrede ſtellen, daß dieſelbe Behandlung nicht minder überwiegend eintritt „in illis, quae juris sunt“. Gerade in dem pr. hat er einen bezüglichen Fall in dieſem Sinne entſchieden.

14) l. 4 D. adim. leg. 34, 4. Ulpianus libro 33 ad Sabinum: Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. l. 22 pr. D. de leg. III. Hermogenianus libro 4 juris epitomarum . . nemo eam sibi potest legem dicere, ut a priore recedere non liceat. Mühlenbruch Bd. 38 S. 17. Vertragsmäßiger Verzicht auf den Widerruf eines Teſtamentes oder Kodicilles kann jedoch einen Erbvertrag in ſich ſchließen und iſt dann nach heutigem Rechte gültig.

15) In Rom waren Konventionalſtrafen ungültig, welche die Teſtirfreiheit behindern ſollten, ſei es daß ſie eine Erbeseinſetzung erzwingen oder deren Widerruf verhindern ſollten, l. 61 D. de V. O. 45, 1, l. 4 C. inut. stip. 8, 38; gemeinrechtlich ſind ſie gültig, da man auch Erbverträge zuläßt, R.G. Bd. 19 S. 282.

16) l. 6 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7. Marcianus libro 7 institutionum: Licet in confirmatione codicillorum pater familias adjecerit, ut non alias valere velit quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli licet neque ab eo signati neque manu ejus scripti fuerint: nam ea, quae postea geruntur prioribus derogant. l. 88 pr. D. de leg. II. Immerhin kann der Mangel derartiger beabſichtigter Formen zu der Annahme führen, daß der Erblaſſer noch nicht mit ſeinen Entſchlüſſen fertig und ins Reine gekommen iſt und daß das Schriftſtück, dem dieſelben fehlen, in ſeinem Sinne einſtweilen nur ein Entwurf war. Dann iſt es ohne Verbindungskraft, vgl. Seuffert, Archiv Bd. 6 n. 52, Bd. 22 n. 55.

1) Tit. Dig. qui testamenta facere possunt 28, 1, Cod. 6, 22.

2) Die Römer bezeichnen das Recht und die Fähigkeit zu teſtiren als testa-

1. Teſtirrecht hatten in Rom nur die römiſchen Bürger.[4] Davon iſt keine Anwendung mehr zu machen.

Auch war dies Recht durch zahlreiche Geſetze zur Strafe entzogen.[5] Auch dies iſt antiquirt.[6]

Endlich hatte in Rom das Teſtirrecht nur der Gewaltfreie, nur er konnte ſein Haus beſtellen. Dies iſt in das gemeine Recht übergegangen, obgleich es nach heutiger Rechtsauffaſſung keinen rechten Grund mehr hat. Daher können Hauskinder nicht über ihre Adventicien teſtiren, nicht einmal über die irregulären. Die Zuſtimmung des Vaters kann ihnen das fehlende Recht nicht geben. Bezüglich ſeiner kaſtrenſiſchen und quaſikaſtrenſiſchen Pekulien iſt aber der Hausſohn teſtirfähig, denn hinſichtlich ihrer iſt er wie ein Hausvater berechtigt.[7]

Wer an ſeinem Teſtirrechte zweifelte, konnte in Rom nicht teſtiren, auch wenn er es hatte, daher z. B. auch nicht, wer im Ungewiſſen über den Tod ſeines Vaters und über die hierdurch erfolgte Endigung der Gewalt deſſelben war, trotzdem dieſelbe nicht mehr beſtand.[8] Gemeinrechtliche Anwendung iſt nicht nachweisbar.[9]

Der Erblaſſer muß Teſtirrecht im Augenblicke der Errichtung des Teſtamentes und des Todes haben. Das Teſtament, welches ein Gewaltfreier errichtete, verliert daher ſeine Geltung, wenn er nachher in eine väterliche Gewalt tritt.[10]

2. Die Fähigkeit, ein Teſtament zu errichten, fehlt wegen Mangels des gehörigen Willens:

a) den Unmündigen, alſo den Perſonen des männlichen Ge-

---

mentifactio l. 4 D. h. t. 28, 1. In einem weiteren Sinne verſtehen ſie darunter die Fähigkeit, bei einem Teſtamente als Teſtator, Zeuge, Erbe oder ſonſtiger Honorirter betheiligt zu ſein, l. 16 D. h. t. 28, 1; § 6 J. de testamentis ordinandis 2, 10.

3) l. 2, l. 114 pr. D. de leg. I, l. 1 §§ 2—4 D. de leg. III.

4) l. 8 D. h. t. 28, 1.

5) Zur Strafe unfähig waren namentlich: a) verurtheilte Pasquillanten, l. 18 § 1 D. h. t. 28, 1; b) wer einen Inceſt begangen hatte bezüglich Nichtverwandter, l. 6 C. de incestis 5, 5, vgl. jedoch nov. 12; c) gewiſſe Ketzer; d) endlich, nach kanoniſchem Rechte, wer Zinſen — nicht etwa bloß wucheriſche — nahm und nicht für deren Zurückgabe ſorgte, cap. 2 in 6to de usuris 5, 5. Vgl. Wächter im Archiv für civ. Praxis Bd. 17 n. 14 „Ueber die Teſtirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen".

6) So auch Windſcheid Bd. 3 § 539 Ziff. 5. Die Strafen wegen Injurien und wegen Inceſtes ſind andere geworden. Die Ketzerei iſt derzeit ohne Einfluß auf die bürgerliche Rechtsſphäre, das Nehmen von Zinſen geſtattet.

7) pr. J. h. t. 2, 13, l. 6 pr. D. h. t. 28, 1, l. 12 C. h. t. 6, 22.

8) l. 14, l. 15 D. h. t. 28, 1, l. 1 pr. D. de leg. III.

9) Die neueren Pandektiſten betrachten den Satz als gemeinrechtlich.

10) Vgl. unten § 93.

ſchlechtes bis zur Vollendung des 14., und denen des weiblichen bis zum vollendeten 12. Jahre.[11] Mündige — gewaltfreie — Minderjährige können teſtiren, ohne der Einwilligung ihrer Vormünder zu bedürfen.

b) Die Willensfähigkeit fehlt ferner den *Geiſteskranken*,[12] ohne Unterſchied, ob ſie entmündigt ſind oder nicht.

Der Richter, welcher eine letztwillige Verfügung aufnimmt, hat ſich daher über den Geiſteszuſtand des Teſtators zu vergewiſſern. Doch ſchließt dies den Gegenbeweis nicht aus, wenn er die Handlungsfähigkeit des Teſtators unrichtigerweiſe annahm.

Partielle Geiſteskrankheit nimmt die Teſtirfähigkeit nicht abſolut. Letztwillige Beſtimmungen alſo, welche unzweifelhaft nicht mit der Krankheit in Verbindung ſtehen, ſind zu reſpektiren. *In lichten Augenblicken* kann auch der ſonſt Geiſteskranke teſtiren, ſelbſt wenn er entmündigt wäre.[13]

c) Die entmündigten *Verſchwender* ſind nicht fähig zu teſtiren. Sie ſind inſofern den Geiſteskranken gleichgeſtellt. Ihre vor der Entmündigung errichteten Teſtamente bleiben in Kraft.[14]

d) Wegen Mangels der Fähigkeit, ſich in der geſetzlichen Form zu erklären, iſt teſtirunfähig, wer ſich in Folge Krankheit oder Gebrechen *weder ſchriftlich noch mündlich ausſprechen kann*.[15]

Bloße Zeichenſprache genügt nicht.

Juſtinian erklärte die *Taubſtummgeborenen* für unfähig.[16] Er ſetzte dabei voraus, daß ſie weder artikulirt ſprechen noch ſchreiben können. Der heutige Taubſtummenunterricht giebt ihnen dieſe Kenntniſſe; damit erlangen ſie ſelbſtverſtändlich die Teſtirfähigkeit. Manche leugnen dies jedoch um des Buchſtabens der Verordnung Juſtinians willen.[17]

Die *Fähigkeit* zur Errichtung des Teſtamentes muß zur Zeit

---

11) l. 5 D. h. t. 28, 1.

12) l. 16 § 1 D. h. t. 28, 1. Es gilt dies auch von Kranken, die vorübergehend in Folge der Krankheit ihrer Geiſteskraft beraubt ſind, l. 17 D. h. t. 28, 1; nicht minder von Perſonen in ſomnambulem oder hypnotiſchem Zuſtande.

13) l. 9 C. h. t. 6, 22.

14) l. 18 pr. D. h. t. 28, 1.

15) l. 29 C. de testamentis 6, 23.

16) l. 10 C. h. t. 6, 22. Das ältere römiſche Recht hatte Tauben und Stummen ſchlechthin die Teſtirfähigkeit verſagt, weil ſie die Formen nicht gehörig vollziehen konnten. Ulpian. fragm. XX § 13, vgl. l. 7, l. 16 pr. h. t. 28, 1.

17) Die hier vertretene Anſicht theilt Windſcheid Bd. 3 § 530 Anm. 7, dagegen iſt Arndts § 484 Anm. 4. — Einen Fall des Teſtamentes eines Taubſtummen durch Zeichen behandelt Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. 8 n. 22.

seiner Vornahme vorhanden sein. Späterer Verlust der Fähigkeit des Erblassers schadet dem Testamente nicht, späterer Erwerb derselben macht das ungültig errichtete Testament nicht gültig. Dies muß selbst gelten, wenn ein Verschwender während bestehender Entmündigung testirte und nachher in Folge Aufhebung seiner Entmündigung testirfähig wurde.

Zweites Kapitel.

Die Formen der letztwilligen Verfügungen.

I. Einleitung.

§ 68. Form und Formlosigkeit.

Soll der letzte Wille an Formen gebunden sein oder formlos gelten?

Die Formen, die in Betracht kommen, sind Errichtung bei öffentlichen Instanzen, insbesondere vor dem Volke oder dem Regenten oder dem Gerichte — öffentliche Testamente —; ferner Errichtung vor Zeugen, endlich schriftliche Beurkundung, insbesondere eigenhändige Niederschrift oder wenigstens Unterschrift — private Testamente.

Die Form ist bei letztwilligen Verfügungen von besonderem Werthe. Denn es ist bei diesem bedeutungsvollen Akte Gewicht darauf zu legen, daß der Wille ein gesammelter und ernster sei und daß jeder Zweifel möglichst abgeschnitten werde, ob es sich um einen bloßen Entwurf und um ein vorläufiges Projekt des Erblassers, oder um einen bestimmten Entschluß handelte. Und da der Erblasser von der Welt abgeschieden ist, wenn sein letzter Wille seine entscheidenden Wirkungen üben soll, so ist es empfehlenswerth, durch bestimmte Formvorschriften dessen Authenticität und Unverfälschtheit zu sichern.

Aber die Vortheile der Form sind durch erhebliche Opfer zu erkaufen. Denn jede Formvorschrift bringt die Gefahr mit sich, daß ein ernster letzter Wille nicht zur Verwirklichung kommen kann, weil der Erblasser nicht mehr im Stande war, die Form zu wahren. Vor Allem wird oft schwer empfunden werden, daß Anordnungen, welche der Erblasser in der That schließlich nicht mehr wollte und verwarf, doch Kraft behalten, weil die Formen, die zum Widerruf nöthig sind, nicht mehr gewahrt werden konnten.

Das Problem der Form oder der Formlosigkeit des letzten Willens

hat die Römer lebhaft bewegt. Es finden sich drei Phasen, in denen entgegengesetzte Tendenzen vorwalten.

Der altrömischen und der republikanischen Zeit war es wie Naturgesetz, daß das Testament, die einzige Weise letztwilliger rechtlich bindender Verfügung, die man damals kannte, an schwerwiegende Formen geknüpft war.

Seit Augustus tritt eine entgegengesetzte Tendenz hervor. Es nahm die Formlosigkeit der letztwilligen Verfügungen in der klassischen Kaiserzeit einen weiten Raum ein, ohne doch ganz obzusiegen.

Formlos waren in jener Zeit die Fideikommisse, beziehungsweise die Kodicille,[1] formlos vollzog sich der Widerruf der Fideikommisse und der Vermächtnisse überhaupt.[2] Der nackte Wille ferner genügte bei den Testamenten der Soldaten.[3]

Dazu kam, daß sich die alten Formen, auch soweit sie bestehen blieben, abschwächten.

Konnte doch ein Testament in der Art errichtet werden, daß sein eigentlicher Kern, die Erbeseinsetzung, einer künftig zu errichtenden formlosen Urkunde überwiesen wurde — s. g. mystisches Testament.[4]

In der christlichen Kaiserzeit trat eine entschiedene Reaktion gegen die Formlosigkeit ein. Die Testamentsformen wurden reorganisirt, die Kodicille an eine bestimmte Form, die Errichtung vor 5 Zeugen gebunden, die Soldatentestamente endlich auf die Zeit der Mobilmachung beschränkt.[5]

§ 69. Zur Geschichte der Testamentsformen.[1]

1. Am Anfange der römischen Geschichte steht das Volkstestament.[2] Zweimal im Jahre versammelte sich das römische Volk „calatis comitiis“ zum Zwecke der Errichtung von Testamenten unter der Leitung der Pontifices.

Nicht um ein Volksgesetz handelte es sich dabei, wie Manche be-

1) Oben § 64.

2) Unten § 106.

3) Vgl. unten § 73.

4) Unten § 77 Anm. 13.

5) Unten § 73 Anm. 11.

1) Ueber die Geschichte der römischen Testamente schrieben namentlich Trekell, de origine atque progressu testamenti factionis praesertim apud Romanos 1739, und J. H. Dernburg — der Aeltere —, zur Geschichte der römischen Testamente 1821, vgl. ferner Hölder, Beiträge 1881 S. 20 ff.

2) Gajus Inst. II § 101. Ulpian. fragm. XX § 2. Gellius, noctes atticae XV cap. 27.

haupten. Der römische Bürger verkündete vielmehr vor dem Volke, welches ihm Zeugniß leistete, autonom sein Hausgesetz, mündlich und öffentlich.[8]

Eine Nebenart war das testamentum in procinctu, bei welchem der Soldat in der Rüstung, ehe sich das Heer zur Schlacht in Bewegung setzte, vor demselben — dem Volke in Waffen — seinen letzten Willen testirte.

2. Das Volkstestament wurde durch das private Mancipationstestament allmählich verdrängt.

Nicht Jedem war es möglich und nicht Jedem gelegen, vor dem Volke zur Testamentserrichtung zu erscheinen. Deshalb schufen die Juristen das Mancipationstestament — eine künstliche Verwerthung, um nicht zu sagen Verdrehung der Mancipation.

Man veräußerte nämlich mittels mancipatio vor dem libripens und 5 Zeugen sein Vermögen an den familiae emptor. Aber eine

---

8) Es ist alte Streitfrage, ob das Volk calatis comitiis bloß zum Zwecke des Zeugnisses erschien, oder ob seine Zustimmung erforderlich war, wonach denn jedes Testament im Grunde nichts als ein specielles Volksgesetz gewesen wäre. Für das erstere hat sich namentlich Dernburg a. a. O. § 10 erklärt, dem neuerdings Hölder a. a. O. S. 25 beitrat. Die Auffassung als ursprüngliches Specialgesetz vertheidigen dagegen Ihering, Geist des römischen Rechts 4. Aufl. Bd. 1 S. 49 und Mommsen, römisches Staatsrecht Bd. 3 S. 319. Aber der Gang der Entwickelung war, daß die ursprüngliche private Autonomie des paterfamilias im Laufe der Zeit eingeengt wurde. Hier soll das Entgegengesetzte Platz gegriffen haben. Das ist wenig wahrscheinlich. Ferner, soweit historische Kunde bringt, war das Testament stets ein autonomer Akt, kein Volksgesetz. So fassen es die 12 Tafeln „uti legassit ita jus esto". Daß es ein Zeugenakt war, beweist sein Name „testamentum". Mommsen giebt auch a. a. O. zu, daß die Formel der Zeugenaufrufung „ita do, ita testor itaque vos quirites testimonium mihi perhibetote", da die Anrede besser für eine Volksversammlung als für die wenigen Mancipationszeugen passe, gewiß von dem Komitialtestament auf das Mancipationstestament übergegangen sei. Dennoch soll der Akt „außer der Zeugnißleistung" ursprünglich „ein das bestehende Recht für den einzelnen Fall abändernder Volksschluß" gewesen sein. Positive Zeugnisse weiß Mommsen hierfür nicht anzuführen. Aber er beruft sich darauf, daß die testamentarischen Dispositionen nach dem Muster der gesetzlichen gefaßt waren und wirkten. Das beweist die Hypothese von Mommsen nicht im mindesten. Das Testament war das Hausgesetz, welches der römische Bürger bezüglich seines Hauses autonom gab. Um deswillen hatte es in seinen Formeln und in seinen Wirkungen Analogien mit dem Volksgesetze. Bei Gellius, noctes atticae XV, 27 erklärt Labeo „calatis comitiis" als „in populi contione". Mommsen fand früher a. a. O. Bd. 2 S. 38 Anm. 1 in der Anwendung des Wortes „contio" die Negation der Beschlußfassung. Derzeit nimmt er a. a. O. Bd. 3 S. 320 u. S. 389 diese Ansicht zurück, weil, wie er nunmehr ausführt, immer und nothwendig eine contio die eigentlichen comitia einleitete. Das hat er auch bewiesen, aber damit hat er nicht erklärt, warum Labeo bei den calata comitia bloß von der contio spricht. Wie dem sei, Labeos Zeugniß beweist keinenfalls für Mommsen, vielmehr bestenfalls nur nicht gegen ihn. Wohl aber ergiebt das testamentum in procinctu, bei welchem doch gewiß nicht erst abgestimmt wurde, daß das alte Komitialtestament die Eigenschaft eines Volksgesetzes nicht hatte. Anders bei den Griechen. Vgl. Schulin, das griechische Testament verglichen mit dem römischen 1882.

damit verbundene Erklärung, die nuncupatio testamenti, wies denselben in die Stellung eines Erben und legte ihm die Beobachtung des letzten Willens des Erblassers auf.

Diese Form erlitt im Laufe der Zeit eine doppelte tiefgreifende Veränderung. Man ernannte nämlich Andere zu Erben und entzog dem familiae emptor das Erbrecht, so daß er im Grunde nichts mehr war als ein Zeuge, wenn auch der Form nach das Testamentsgeschäft mit ihm vor sich ging. Noch wichtiger aber war, daß es üblich wurde, die Testamente schriftlich aufzusetzen, so daß man sie nur bei der Mancipation durch eine generelle Nuncupationsformel bekräftigte.[4]

Der Schwerpunkt solcher Testamente lag in der Testamentsurkunde und ihrer Bekräftigung durch den Testator. Im Uebrigen war das Mancipationstestament zu einer Förmlichkeit herabgesunken, die sich in Folge der Tradition erhielt, aber innerlich hohl, ihrer Bedeutung entleert war.

3. Dies führte zum s. g. prätorischen Testamente.

Dem Prätor lag es fern, direkt eine neue Testamentsform in das Leben zu rufen. Was hätte ihn hierzu veranlaßt und ermächtigt? Er versprach aber die bonorum possessio — ursprünglich nichts als Erbschaftsbesitz — secundum tabulas testamenti, wenn eine von mindestens 7 Zeugen besiegelte Testamentsurkunde vorgelegt wurde, in welcher der Bittsteller zum Erben eingesetzt war,[5] da dieser dann prima facie als richtiger Testamentserbe galt. Denn aller Regel nach hatte der Erblasser, welcher eine solche Urkunde solennisiren ließ, auch die

---

4) Gajus Inst. II §§ 104 ff. Eaque res ita agitur: qui facit testamentum adhibitis sicut in ceteris mancipationibus V testibus civibus Romanis puberibus et libripende postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam: in qua re his verbis familiae emptor utitur: „Familia pecuniaque tua endo mandatelam custodelamque meam, quo tu jure testamentum facere possis secundum legem publicam hoc aere — et, ut quidam adiciunt — aeneaque libra esto mihi empta". deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti tenens ita dicit: „Haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt ita do, ita lego, ita testor itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote" et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.

5) Ursprünglich forderte der Prätor, daß „tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam e lege oportet ad me proferentur". Cicero in Verrem II cap. 45 § 117. Später verlangte er nicht, daß ihm das Testament vorgelegt werde, es genügte ihm, daß „tabulae non minus quam septem testium signis signatae extabunt", eine erhebliche Erleichterung; vgl. Lenel, edictum S. 278.

civilen Formen gewahrt. Das war nur nicht immer im Augenblicke festzustellen und wurde als selbstverständlich vorausgesetzt.

Trat freilich der civile Intestaterbe mit der hereditatis petitio gegen den bonorum possessor auf und konnte dieser im Erbschaftsstreite die Beobachtung der civilen Förmlichkeiten nicht darthun, oder wies ihm der Civilerbe einen Fehler in ihrer Vornahme nach, so mußte der Beklagte die Erbschaft herausgeben — seine bonorum possessio war sine re.

Dies änderte sich seit Antoninus Pius. Der bonorum possessor wurde seitdem gegen den Civilerben geschützt, wenn auch die Förmlichkeiten der mancipatio und nuncupatio testamenti nicht oder nicht richtig ausgeführt waren.[6]

Jetzt erst war endgültig das prätorische Testament geschaffen.

4. Theodosius II. reorganisirte im Jahre 439 das s. g. ordentliche Privattestament vor 7 Zeugen, indem er civiles und prätorisches Testament verschmolz.[7]

Daneben kamen wieder öffentliche Testamente in Uebung, welche dem Kaiser übergeben oder vor Gericht — apud acta — errichtet wurden.

Für besondere Fälle wurden außerordentliche Formen zulässig.

Merkwürdig ist, daß Valentinian III. im Jahre 466 eigenhändig geschriebene — holographische — Testamente auch ohne Zeugen für gültig erklärte.[8] Das fand aber im justinianischen Rechte keine Aufnahme.

II. Die ordentlichen Testamentsformen des justinianischen Rechtes.

§ 70. 1. Das ordentliche Privattestament.[1]

Das ordentliche Privattestament des justinianischen Rechtes geschieht vor 7 Testamentszeugen. Es wurde recipirt und in der Notariatsordnung von Maximilian I. zum Gebrauch erläutert und deklarirt. Erforderlich ist:

---

6) Gajus Inst. II § 119 und § 120 . . . rescripto imperatoris Antonini significatur eos qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem defendere se per exceptionem doli mali.

7) Novella Theodosii II tit. XVI c. 2.

8) Novella Valentiniani III tit. XX c. 2.

1) Tit. Inst. de testamentis ordinandis 2, 10 Dig. qui testamenta facere possunt 28, 1. Cod. de testamentis 6, 23. Notariatsordnung von 1512 Tit. II. Von Testamenten.

1. die Gegenwart von 7 Zeugen, die männlich, mündig, auch nicht zur Solenniſirung des Teſtaments unfähig ſind.[2] Allgemein unfähig ſind:

a) Wahnſinnige und andere des Vernunftgebrauches Beraubte;[3]

b) Taube und Stumme;[4]

Blinde ſind durch kein Geſetz für unfähig erklärt, doch wird ſie der Teſtator nicht leicht zuziehen;[5]

c) entmündigte Verſchwender;[6]

d) wer durch Strafurtheil die bürgerlichen Ehrenrechte verlor, bei ſchriftlichen Teſtamenten.[7]

e) Ferner ſind im Beſonderen unfähig die Gewaltuntergebenen des Teſtators,[8] ſowie der eingeſetzte Erbe und alle mit dieſem durch eine Gewalt verbundenen Perſonen.[9][10]

---

2) In den Quellen wird der Satz ausgeſprochen — § 6 J. h. t. 2, 10 — Testes adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. Damit iſt aber nicht gemeint, daß ſtets und nur Teſtamentszeuge ſein kann, wer ein Teſtament errichten kann. Weiber können teſtiren, aber nicht Teſtamentszeugen ſein, Hauskinder Zeugen ſein, aber nicht teſtiren. — In Rom waren Peregrinen und Sklaven zeugnißunfähig, ferner zur Strafe die intestabiles, l. 18 § 1 D. h. t. 28, 1. Dies iſt unpraktiſch geworden.

3) l. 20 § 4 D. h. t. 28, 1 „si habet intermissionem eo tempore adhiberi potest", alſo auch entmündigte Geiſteskranke in lichten Augenblicken.

4) § 6 J. h. t. 2, 10. Die Unfähigkeit der Stummen beruht auf hiſtoriſchen Reminiscenzen, Schwerhörigkeit ſchadet nicht.

5) Ueber die Fähigkeit der Blinden wird geſtritten. Viele erachten ſie bei ſchriftlichen Teſtamenten für unfähig, weil ſie außer Stande ſeien, ihr Siegel und ihre Unterſchrift zu rekognosciren. So Vangerow Bd. 2 § 444, Windſcheid Bd. 3 § 542 Anm. 6, Marezoll in Lindes Zeitſchrift Bd. 4 S. 58. Andere betrachten ſie auch bei mündlichen Teſtamenten als unfähig. Der Fall wird kaum je praktiſch werden. Unſeres Erachtens iſt es aber nicht Aufgabe der Jurisprudenz, Richtigkeiten zu ſchaffen, wenn ſie die Geſetze nicht kennen.

6) l. 18 pr. D. h. t. 28, 1.

7) Reichsſtrafgeſetzbuch § 34 n. 5. Mandry, der civilrechtl. Inh. der R.G. S. 80. Ueber die zum Theil kontroverſen römiſchen Beſtimmungen vgl. Vangerow Bd. 2 § 444 I Ziff. 4. Sie ſind unanwendbar geworden, Windſcheid Bd. 3 § 542 Anm. 15.

8) § 9 J. h. t 2, 10. Vgl. noch l. 20 § 2 D. h. t. 28, 1. Ulpianus libro 1 ad Sabinum . . quaeri potest, an pater ejus. qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit et Marcellus libro decimo digestorum scribit posse: et frater ergo poterit. Die entgegengeſetzte Anſicht vertrat Gajus Inst. II § 106. Sie ging in § 9 J. h. t. 2, 10 über. Sie iſt aber offenbar ein Ausdruck früherer, ſpäter überwundener Anſchauungen.

9) § 10 J. h. t. 2, 10. Bei dem testamentum per et aes libram konnten der familiae emptor und die mit ihm durch eine Gewalt Verbundenen nicht Zeugen ſein, weil das Teſtamentsgeſchäft der Form nach mit ihm geſchloſſen wurde, Gajus Inst. II § 105. Der Erbe und die mit ihm durch Gewalt Verbundenen konnten dagegen Zeugen ſein, Gajus Inst. II § 108. Juſtinian änderte dies; l. 20 pr. D. h. t. 28, 1 iſt wahrſcheinlich interpolirt. Legatare und Fideikommiſſare dagegen können Zeugen ſein, § 11 J. h. t. Dies gilt richtiger Anſicht nach ſelbſt für

2. Nothwendig iſt eine beſondere Aufforderung des Teſtators an die Zeugen, dem Teſtirakte beizuwohnen.[11] [12]

3. Darauf muß der Akt ununterbrochen in Gegenwart der Zeugen vollzogen werden. Kleinere Unterbrechungen wegen leiblicher Bedürfniſſe des Teſtators oder der Zeugen ſchaden nicht. Wird aber die Vollendung vertagt, ſo kann das Teſtamentsgeſchäft nicht wieder da aufgenommen werden, wo es ſtille ſtand, muß vielmehr von vorn beginnen. Es iſt alſo Einheit der Handlung — unitas actus — nach Ort und Zeit vonnöthen.[13]

Univerſalfideikommiſſare, doch iſt dies beſtritten und nicht unzweifelhaft. Daher iſt es nicht räthlich, den Univerſalfideikommiſſar als Zeugen zuzuziehen.

10) Wenn ein Sklave „qui omnium consensu liberorum loco fuit“ als Zeuge zugezogen war, ſo ſoll nach einem Reſkripte Hadrians das Teſtament Geltung haben, l. 1 C. h. t. 6, 23, § 7 J. h. t. 2, 10. Hiervon iſt eine analoge Anwendung auf andere Fälle wohl zu machen. Anderer Anſicht ſind jedoch Viele, unter Anderen Windſcheid Bd. 3 § 542 Anm 16.

11) Vgl. über die Rogation der Zeugen l. 21 § 2 D. h. t. 28, 1. Ulpianus libro 2 ad Sabinum: In testamentis, in quibus testes rogati adesse debent, ut testamentum fiat alterius rei causa forte rogatos ad testandum non esse idoneos placet, quod sic accipiendum est, ut licet ad aliam rem sint rogati vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere, l. 21 pr. D. h. t. 6, 23. Vgl. übrigens Fein bei Glück Bd. 44 S. 426.

12) Vielbeſprochen iſt l. 27 D. h. t. 28, 1. Celsus libro 15 digestorum: Domitius Labeo Celso suo salutem. Quaero an testium numero habendus sit is, qui cum rogatus est ad testamentum scribendum idem quoque cum tabulas scripsisset, signaverit. Juventius Celsus Labeoni suo salutem. Non intellego quid sit, de quo me consulueris aut valide stulta est consultatio tua: plus enim quam ridiculum est dubitare an aliquis jure testis adhibitus sit quoniam idem et tabulas testamenti scripserit. Nach dieſer Stelle nennen die Juriſten nicht ſelten eine alberne Frage „quaestio Domitiana“ und eine grobe Antwort „responsum Celsinum“. Vgl. über die Stelle Hofmann, kritiſche Studien 1885 S. 42. Domitius ſprach ſich in der That unpräcis aus. Sein Bedenken beruhte wohl darin, daß der Betreffende im gegebenen Falle nur zum Schreiben und nicht zur Zeugnißablegung rogirt war, Celſus indeſſen verſteht ihn ſo, als frage er: ob der Schreiber der Teſtamentsurkunde als ſolcher unfähig ſei, als Zeuge bei deren Solennitätirung mitzuwirken, wofür es an einem Bedenken fehlte.

13) l. 21 § 3 D. h. t. 28, 1. Ulpianus libro 2 ad Sabinum: Uno contextu actus testari oportet. est autem uno contextu nullum actum alienum testamento intermiscere, § 3 J. h. t. 2, 10, l. 28 C. h. t. 6, 23. Einheit der Zeit wie des Ortes iſt ein altüberliefertes Stück des römiſchen Formalrechtes. Sie hat auch praktiſchen Nutzen, und zwar in doppelter Beziehung. Die Einheit der Errichtungszeit verbürgt die innere Einheit und Ueberſichtlichkeit der Beſtimmungen mehr, als wenn das Teſtament zu verſchiedenen Zeiten vorgenommen wurde. Ferner erleichtert ſie den Zeugen die Erinnerung und behindert falſche Ausſagen durch ſie. Denn dieſe ſind ſchwer zu kontroliren, wenn es ſich um zu verſchiedenen Zeiten vorgenommene ſtückweiſe Erklärungen des Teſtators handelt. In den Quellen iſt von der Nothwendigkeit der Abfaſſung „uno eodemque die“ die Rede, l. 21 § 2 C. h. t. 6, 23, d. h. eben von der Ausſchließung einer Vertagung des Aktes auf künftige Zeit. Marezoll in Lindes Zeitſchrift Bd. 4 n. 4 verlangte aber nach dem Buchſtaben Einheit des Tages der Art, daß ein begonnenes Teſtament „vor der Mitternachtsſtunde“ vollendet ſein müſſe. Doch an Teſtamente zur Mitternachtszeit iſt nicht gedacht. Die Ausſchließung der Vertagung des Teſtamentes hat Sinn, die

Der Teſtirakt kann entweder mündlich oder ſchriftlich ſein.

a) Zum *mündlichen* Teſtamente — t. nuncupativum — iſt nur erfordert, daß der Erblaſſer ſeinen letzten Willen vollſtändig und den Zeugen hörbar und verſtändlich erklärt.[14]

Das Teſtament bleibt ein mündliches, auch wenn unmittelbar nach dem Teſtirakt und unter Mitwirkung der Zeugen des Beweiſes halber eine ſchriftliche Aufzeichnung vorgenommen wird, ſ. g. testamentum nuncupativum in scripturam redactum.

b) Das *ſchriftliche* Teſtament verlangt beſondere Formen zur Sicherung der Identität, Echtheit und Unverfälſchtheit der Teſtamentsurkunde. Dieſe muß mit Buchſtaben geſchrieben ſein; Zeichenſchrift, z. B. ſtenographiſche, genügt nicht.[15]

Die Urkunde kann vorher geſchrieben ſein, ſei es vom Teſtator, ſei es von Dritten.[16] Der Teſtator muß ſie aber den Zeugen *vorlegen*, als ſeinen letzten Willen *anerkennen* und *eigenhändig unterſchreiben*.[17] Dieſe Unterſchrift iſt nicht erforderlich, wenn der Teſtator das Teſtament eigenhändig ſchrieb und in ihm dies ausdrücklich bezeugt hat — beim holographiſchen Teſtamente.[18]

Kann der Teſtator wegen Schreibensunkunde oder anderer Verhinderung *nicht ſchreiben*, ſo iſt ein *Unterſchriftszeuge* zuzuziehen, welcher in ſeinem Namen die Unterſchrift leiſtet — der octavus subscriptor.[19]

Vorſchrift, daß die Mitternachtsſtunde die Fortſetzung und Vollendung des Teſtamentes hindere, wäre Unſinn. — Es iſt nicht unzuläſſig, an die Stelle eines plötzlich verhinderten Zeugen einen anderen zu ſetzen und fortzufahren, l. 28 § 3 C. h. t. 6, 23.

14) l. 21 § 4, l. 26 C. h. t. 6. 23. Der Teſtator braucht nicht beſonders zu erklären, daß er ein mündliches Teſtament zu machen beabſichtigte. Iſt aber ein Teſtament als mündliches aufrecht zu erhalten, welches der Teſtator ſchriftlich abfaſſen wollte, wenn es zwar zur Vollziehung der Schrifturkunde nicht kam, wenn aber deſſen Inhalt den Zeugen vollſtändig etwa durch Verleſung des Entwurfes mitgetheilt iſt? Das Teſtament iſt dann nicht fertig geworden. Es war nur ein *Projekt mitgetheilt*. Vgl. über die Frage die bei Windſcheid Bd. 3 § 541 Anm. 3 Citirten. — Die Verneinung iſt dann unzweifelhaft, wenn der Teſtator den Teſtamentsakt freiwillig abbrach und das Teſtament nicht wieder aufnahm, obgleich er hierzu im Stande geweſen wäre.

15) l. 6 § 2 D. de bonorum possessionibus 37, 1.

16) Vom Teſtator ſelbſt geſchriebene Teſtamente heißen holographa, von Anderen — dem testamentarius — geſchriebene allographa.

17) Die Unterſchrift der Zeugen und auch des Teſtators wurde erſt ſeit der chriſtlichen Kaiſerzeit gefordert, § 3 J. h. t. 2, 10. Das Genauere ſiehe bei Bruns, Kleinere Schriften Bd. 2 S. 77 ff.

18) l. 28 § 6 C. h. t. 6, 23.

19) l. 21 pr. und § 1 C. h. t. 6, 23. Ob der octavus subscriptor die Eigenſchaft eines Teſtamentszeugen haben muß, iſt beſtritten; da es die Geſetze nicht ausdrücklich verlangen, iſt es nicht anzunehmen. Der octavus subscriptor kann mit ſeinem eigenen Namen unter Beifügung ſeiner Eigenſchaft unterſchreiben. Es iſt nicht

Auch die Zeugen haben zu unterſchreiben — subscribere —, und zwar unter Beifügung eines Siegels.

In Rom hatten ſie das Teſtament, welches verſchloſſen und verſchnürt wurde, von außen zu verſiegeln, wobei ſie zum Siegel ihren Namen fügten — superscribere —, damit man ſie vor der Teſtamentseröffnung zur Rekognition der Siegel laden konnte.[20] Dem modernen Gebrauche iſt aber die Verſiegelung fremd. Das Siegeln wird zwar erfordert, jedoch nur zur Beglaubigung der eigenhändigen Unterſchrift der Zeugen.

§ 71. 2. Die öffentlichen Teſtamente.

Die beiden Formen öffentlicher Teſtamente, welche in der chriſtlichen Kaiſerzeit anerkannt wurden, das t. principi oblatum und das gerichtliche,[1] hatten in Deutſchland ſehr verſchiedene Schickſale.

Dem Regenten übergebene Teſtamente ſind ſehr wenig in Gebrauch gekommen.

Dagegen haben die gerichtlichen Teſtamente, welche in den Quellen nur mit einem Worte erwähnt werden, die größte Verbreitung gefunden. Sie ſind in Deutſchland weit häufiger als die Privatteſtamente vor 7 Zeugen.

Es wurden zwei Arten derſelben ausgebildet. Bei der einen erfolgte eine ſpecielle mündliche Erklärung des letzten Willens durch den Erblaſſer, welche durch gerichtliches Protokoll feſtgehalten und ſolenniſirt wird. Bei der anderen übergiebt der Erblaſſer ſeinen letzten Willen — offen oder verſchloſſen — bei Gericht als ſein Teſtament und es wird die Uebergabehandlung durch gerichtliches Protokoll beglaubigt und ſolenniſirt.[2]

---

minder gültig, wenn er unter Hervorhebung, daß dies im Auftrage des Erblaſſers geſchehe, den Namen des Erblaſſers unterſchreibt. Das Natürliche iſt, daß er, wie der Teſtator zu thun pflegt, vor den Zeugen unterſchreibt. Aber eine Nichtigkeit iſt es nicht, wenn er ſeine Unterſchrift erſt nach denjenigen der Zeugen ſetzt. R.G. Bd. 12 S. 163.

20) In den zu Ravenna aufgefundenen Teſtamentsurkunden aus dem 6. Jahrhundert, Bruns, fontes (5. Aufl.) S. 302, tritt der Unterſchied von superscriptio und subscriptio klar hervor. Nach den Eröffnungsprotokollen der dortigen Teſtamente erklärten namentlich die Zeugen „agnosco signaculum anuli mei et superscriptionem meam sed et intrinsecus subscripsi“. Vgl. Bruns in ſeinen kleinen Schriften Bd. 2 S. 89.

1) l. 19 C. de testamentis 6, 23, nov. Valentiniani III c. 1 §§ 1 und 2.

2) Die Eſſentialien eines gerichtlichen Protokolls müſſen vorhanden ſein. Daß daſſelbe datirt ſei, iſt eine Ordnungsvorſchrift, aber nicht der Art weſentlich, daß die Verſäumniß des Datums Nichtigkeit des Teſtaments nach ſich zöge, R.G. Bd. 9 S. 201. Das Protokoll bedarf der Vorleſung und der Genehmigung ſeitens des

Perſönliche Erklärung des Teſtators bei Gericht iſt in beiden Fällen nöthig. Denn Stellvertretung iſt bei der Teſtamentserrichtung allgemein ausgeſchloſſen.[3] [4] Das Gericht begiebt ſich jedoch auf Antrag zum Erblaſſer behufs der Solenniſirung ſeines Teſtamentes.

Nicht bloß der Richter des Domicils des Erblaſſers, ſondern jeder mit der Solenniſirung von Teſtamenten betraute Richter iſt zuſtändig. Natürlich muß er innerhalb ſeines Gerichtsſprengels, alſo amtlich, thätig geworden ſein. Die Zuziehung eines Gerichtsſchreibers iſt Regel, ſie iſt aber nicht Bedingung der Gültigkeit des Aktes.

Meiſt bleibt das Teſtament im Depoſitum des Gerichtes. Auch dies iſt aber nicht für ſeine Rechtsbeſtändigkeit weſentlich.

Nach kanoniſchem Rechte kann ein Teſtament auch vor dem Pfarrer und zwei Zeugen aufgenommen werden.[5] Dieſe Form war dereinſt in Deutſchland bei Weitem die verbreitetſte und galt gemeinrechtlich. Sie iſt aber außer Gebrauch gekommen. Nur in einzelnen Partikeln Deutſchlands hat ſie ſich erhalten.[6]

III. Beſondere Arten der Teſtamente.

§ 72. Außerordentliche Formen.

Die Formen der Privatteſtamente ſind in einem Falle erſchwert, in vielen erleichtert.

1. Das Teſtament des Blinden iſt erſchwert. Sein Inhalt muß den Zeugen mündlich und ſpeciell eröffnet und zudem ſchriftlich beurkundet werden. Außer den 7 Zeugen iſt ein Notar, oder wenn ein ſolcher am Orte nicht auffindbar iſt, ein achter Zeuge zuzuziehen. Die Teſtamentsurkunde iſt von ſämmtlichen Urkundsperſonen zu unterſchreiben und zu unterſiegeln.[1] [2]

Teſtators, vgl. freilich Seuffert, Archiv Bd. 9 n. 308. Die Unterſchrift des Teſtators iſt nicht nöthig. Bolze, Praxis des R.G. Bd. 2 S. 317. Seuffert, Archiv Bd. 16 n. 231.

3) Hierfür hat ſich die Praxis erklärt. Seuffert, Archiv Bd. 2 n. 200, Bd. 11 n. 263. So auch Windſcheid Bd. 3 § 545 Anm. 5.

4) Ueber die unitas actus beim gerichtlichen Teſtament: E. Franck im heſſiſchen Archiv für prakt. Rechtswiſſenſchaft Bd. 6 n. 17 S. 374. Sie iſt nicht nothwendig. Das Protokoll kann abgebrochen und ſpäter einfach fortgeſetzt werden.

5) cap. 10 X. de testamentis 3, 26.

6) Roth, das Teſtament vor dem Pfarrer und zwei Zeugen in Hauſers Zeitſchrift 1874 Bd. 1 S. 208. Gegen dieſe Teſtamente reagirte ſeit dem 16. Jahrhundert die weltliche Geſetzgebung, vgl. Kahl, die deutſchen Amortiſationsgeſetze 1880 S. 46.

1) l. 8 C. qui facere testamenta possunt 6, 22. Not.Ordn. II § 9. Glück Bd. 34 S. 26 und dort Citirte.

2. Beim Teſtament zur Zeit einer Peſt, d. h. einer anſteckenden lebensgefährlichen Epidemie, iſt den Zeugen erlaſſen, ſich in unmittelbarer Nähe des Teſtators aufzuhalten.[3]

3. Zum Teſtamente auf dem Lande[4] — ruri conditum — genügen 5 Zeugen. Die geringere Zahl iſt freilich vom Geſetze nur für den Fall zugelaſſen, daß nicht mehr „gefunden wurden"; das ergiebt ſich aber daraus, daß eben nicht mehr mitwirken, und iſt nicht beſonders zu beweiſen.[5] Beim ſchriftlichen Teſtamente auf dem Lande können ferner die ſchreibkundigen Zeugen für die nicht ſchreibkundigen unterſchreiben. Das ſetzt aber voraus, daß den Zeugen der Inhalt des Teſtamentes kundgethan iſt.

4. Für das Aſcendententeſtament — testamentum parentum inter liberos — genügt eigenhändige Niederſchrift der Namen der zu Erben ernannten Deſcendenten, ferner ihrer Erbtheile mit Buchſtaben und endlich des Datums.[6] Die Unterſchrift des Teſtators wird in den römiſchen Geſetzen nicht gefordert, gehört aber nach jetzigem Rechte zur Vollendung der Privaturkunde, alſo auch des Aſcendententeſtamentes. Ohne Unterſchrift gilt das Schriftſtück als bloßes Projekt.[7]

Zu mündlichen Aſcendententeſtamenten bedarf es bloß 2 Zeugen.[8]

Vermächtniſſe zu Gunſten Dritter in Aſcendententeſtamenten verlangen Zuziehung von 5 Zeugen.[9] [10]

---

2) Dieſelben Formen gelten für Kodicille der Blinden. Der Blinde kann auch unter ſeinen Deſcendenten in keiner anderen Form teſtiren. Bei gerichtlichen Teſtamenten und Kodicillen der Blinden fallen aber die beſonderen Vorſchriften weg trotz § 4 J. quibus non est permissum 2, 12, Glück a. a. O. S. 37.

3) l. 8 C. h. t. 6, 23. Diocletianus et Maximianus: Casus majoris, ac novi contingentis ratione adversus timorem contagionis, quae testes deterret, aliquid de jure laxatum est: non tamen prorsus reliqua etiam testamentorum solemnitas perempta est. Testes enim hujusmodi morbo oppresso eo tempore jungi atque sociari remissum est, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata. Die Vulgathandſchriften leſen „oppressos". Danach wären die Zeugen peſtkrank oder, wie man auch gemeint hat, durch die Furcht vor der Krankheit niedergedrückt. Der Veroneſer Kodex lieſt „oppresso". Das ſtimmt mit den Baſiliken und giebt allein einen vernünftigen Sinn. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 445. Windſcheid Bd. 3 § 544 Anm. 7 will den conspectus testatoris bei jeder anſteckenden Krankheit des Teſtators erlaſſen. Dies geht über die geſetzliche Beſtimmung weit hinaus.

4) l. 31 C. de testamentis 6, 23, Not.Ordn. II § 2. Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 245. Marezoll im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 15. Fritz in Lindes Zeitſchrift Bd. 5 n. 2.

5) Vgl. jedoch Windſcheid Bd. 3 § 544 Anm. 8.

6) l. 21 § 3 Cod. de testamentis 6, 23, nov. 107 cap. 1; Mühlenbruch bei Glück Bd. 4 S. 151 und dort Citirte.

7) Anders Mühlenbruch a. a. O. S. 184, Windſcheid Bd. 3 § 544 Anm. 11.

8) Not.Ordn. § 2. Es iſt das beſtritten, doch herrſchende Anſicht.

9) Es bedarf der allgemeinen Regel nach, von der eine Ausnahme nicht ge-

Die bloße Theilung des Nachlaſſes durch Aſcendenten unter Deſcendenten ohne Aenderung der Erbportionen — divisio inter liberos — erfordert nur einen von dem Aſcendenten oder den Deſcendenten unterſchriebenen Aufſatz.[11]

5. Gewöhnliche Behauptung iſt, daß nach kanoniſchem Rechte Teſtamente zu Gunſten der Kirche und frommer Zwecke — ad pias causas — formlos errichtet werden könnten. Sie beruht aber auf Mißverſtändniß.[12]

§ 73. Das Militärteſtament.[1]

Das römiſche Militärteſtament wurde nach dem Vorgange einer temporären Verordnung von Julius Cäſar durch Mandate der römiſchen

---

macht iſt, für Vermächtniſſe an Dritte der Kodicillarzeugen. Ganz ähnlich ſagt l. 22 C. de fideicommissis 6, 42 „adhibitis testibus“, und Niemand zweifelt, daß dies die 5 Kodicillarzeugen ſein ſollen. Beim Aſcendententeſtament aber iſt dies ſehr beſtritten, a. Anſ. z. B. Windſcheid Bd. 3 § 544 Anm. 13. Erbeseinſetzungen zu Gunſten Dritter ſind nichtig, l. 21 § 3a C. de test. 6, 23. Daß ältere Teſtamente durch Aſcendententeſtamente nicht beſeitigt würden, wird u. A. von Arndts § 489 Note 8 behauptet, iſt aber nicht anzunehmen, vgl. die Herausgeber der 13. Aufl. hierzu.

10) Aufgehoben wird ein testamentum inter liberos nur durch ein ſolennes Teſtament, aber auch, was man meiſt überſieht, durch Vernichtung der Urkunde ſeitens des Teſtators, nov. 107 cap. 2.

11) nov. 18 cap. 7, nov. 107 cap. 3.

12) Vgl. über die bezügliche Dekretale Schulte in Lindes Zeitſchrift n. F. Bd. 8 n. 6. Die Dekretale hat einen ganz anderen Bezug, als die herrſchende Meinung annimmt. Es war nämlich unter den Gloſſatoren ſtreitig, ob die Zahl von 7 Zeugen bloß bei der Teſtamentserrichtung nöthig ſei, oder ob die gleiche Zahl auch ſpäter zum Beweiſe im Erbſchaftsprozeſſe producirt werden müſſe, „quo plenissime veritas reveletur“. Vgl. Hänel, dissensiones dominorum cap. 55 und 100. Dieſe Streitfrage allein entſchied cap. 11 X. de testamentis 3, 26: Relatum est, quod quum ad vestrum examen super relictis ecclesiae causa deducitur, vos nisi septem vel quinque idonei testes intervenerint inde postponitis judicare. Mandamus quatenus quum aliqua causa talis ad vestrum fuerit examen deducta eam non secundum leges, sed secundum decretorum statuta tractetis tribus aut duobus legitimis testibus requisitis, quoniam scriptum est „in ore duorum vel trium testium stet omne verbum“. Nicht die Frage, wie Teſtamente errichtet werden können, wird hier beantwortet, ſondern wie ſie — vorausgeſetzt, daß ſie gültig errichtet wurden — zu beweiſen ſind. Daß dies der Sinn der Dekretale iſt, geht beſonders deutlich aus dem Originale hervor, welches der Bearbeitung der Dekretalenſammlung zu Grunde liegt und das Schulte a. a. O. mittheilt. Allerdings wird ſeit langer Zeit die Dekretale ſo verſtanden, daß man in ihr eine Vorſchrift über die Errichtung eines Teſtamentes ad pias causas zu finden glaubt. Doch nur wo dieſes Mißverſtändniß zu einem partikularen Gewohnheitsrechte geführt hat, iſt daſſelbe maßgebend, auf gemeinrechtliche Geltung kann es keinen Anſpruch machen. Cap. 4 X. de test. ſpricht von geringfügigen Legaten, nicht von Zuwendungen ad pias causas als ſolchen.

1) Tit. Inst. de militari testamento 2, 11, Dig. de testamento militis 29, 1, Cod. 6, 21. Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 19.

Kaiſer ſeit Titus geſchaffen.[2] Für die Soldaten ſollte hiernach an die Stelle der ſtreng formellen und kunſtgerechten civilen Teſtamentstheorie Natur und Einfachheit treten, ſo daß der nackte Wille des Teſtators vollſte Geltung erhielt.[3]

Daher war der Soldat entbunden von den civilen Vorſchriften über die Form der Teſtamente. Jede Art der Erklärung genügte, wenn nur der ernſte Wille des Teſtators feſtſtand.[4]

Das Soldatenteſtament war ferner von materiellen Beſchränkungen der Teſtamente frei.[5] Hier galt namentlich nicht die Regel nemo pro parte testatus decedere potest,[6] nicht der Satz semel heres semper heres,[7] nicht die lex Falcidia.[8] Verfügungen gegen die guten Sitten aber waren auch in den Soldatenteſtamenten ungültig, z. B. kaptatoriſche Dispoſitionen, nicht minder was gegen die Rechte Dritter verſtieß.[9]

Die Geltung der während der Soldatenzeit errichteten Teſtamente erloſch mit dem Austritte aus dem Soldatenſtande, im Falle einer Entlaſſung in Ehren jedoch erſt nach Ablauf eines Jahres.[10]

Juſtinian beſchränkte das Privileg auf den Fall des Feldzuges.[11]

Im Mittelalter forderte Theorie und Praxis ferner für die Regel zwei Zeugen; nur Teſtamente in der Schlacht ſollten völlig formlos ſein. Dies bekräftigte die Notariatsordnung.[12]

2) pr. J. h. t. 2, 11, l. 1 D. h. t. 29, 1. Das Anwachſungsrecht beim testamentum militis behandelt Hofmann, krit. Studien n. 5.

3) l. 1 pr. D. h. t. 29, 1. Das betreffende Kapitel der mandata ſchloß mit den Worten „faciant igitur testamenta quo modo velint, faciant quo modo poterint, sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam nuda voluntas".

4) Die große Schwierigkeit, den ernſten letzten Willen von unbedachten Aeußerungen zu ſcheiden, trat freilich ſehr frühe hervor. Schon Trajan legte bei der Frage der Ernſtlichkeit Gewicht darauf, ob die Erklärung „convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur" erfolgt war. l. 24 D. h. t. 29, 1. Aber hierin lag keine nothwendige Form. Konſtantinus bezeichnet daher in der l. 15 C. h. t. 6, 21 als ausreichend: „si quid in vagina aut in clipeo litteris sanguine suo rutilantibus adnotaverint aut in pulvere inscripserint gladio sub ipso tempore, quo in proelio vitae sortem derelinquunt.

5) l. 13 § 2 D. h. t. 29, 1.

6) l. 6, l. 19 pr., l. 87 D. h. t. 29, 1.

7) l. 15 § 4, l. 41 pr. D. h. t. 29, 1.

8) l. 12 C. h. t. 6, 21. Aber „si quid ultra vires patrimonii postulatur . . tueri te potes" gilt auch für den mit Legaten beſchwerten Erben des Soldaten.

9) l. 11 C. h. t. 6, 21. Vgl. ferner l. 15 pr. D. h. t. 29, 1, l. 16 D. eod.

10) l. 25, l. 26 D. h. t. 29, 1.

11) pr. J. h. t. 2, 11; l. 17 C. h. t. 6, 21.

12) Not.Ordn. II § 2. Daß die Notariatsordnung nur die ſeit der Zeit der Gloſſatoren herrſchende Meinung wiedergab, welche ſich auf die oben Anm. 4 citirten Stellen zu ſtützen ſuchte, hat Fitting in ſeiner intereſſanten Schrift zur Geſchichte des Soldatenteſtamentes, Halle 1866, nachgewieſen.

Friedrich der Große gab dem Soldatenteſtamente in einer Cirkularordre vom 18. Mai 1747 eine neue Regelung, welche der ſpäteren preußiſchen Geſetzgebung und dem Reichsmilitärgeſetze vom 2. Mai 1874 § 44 zu Grunde liegt.[18]

Hiernach iſt das Soldatenteſtament nur noch bezüglich der Form privilegirt. Das Privilegium bezieht ſich auf die Angehörigen des deutſchen Heeres und die nach dem Militärſtrafgeſetzbuch den Militärgeſetzen unterworfenen Perſonen während eines Kriegs- oder Belagerungszuſtandes.

Daſſelbe beginnt für die Betreffenden, wenn ſie ihre Standquatiere oder, falls ſie ſolche nicht haben, ihre Wohnorte im Dienſte verlaſſen haben, oder wenn ſie in denſelben angegriffen oder belagert werden. Es dauert für ſie bis zur Demobiliſirung des Truppentheils, dem der Teſtator angehört, oder dem früheren Verluſt des militäriſchen Charakters.

Es genügt für das militäriſche Teſtament:

a) eigenhändige Nieder- und Unterſchrift des Teſtators, oder

b) Unterſchrift deſſelben, wenn ſie durch zwei Zeugen oder einen Officier oder Auditeur mittelſt Unterſchrift beglaubigt iſt, oder

c) eine mündliche Erklärung des Teſtators zu Protokoll vor einem Auditeur oder Officier unter Zuziehung eines anderen Auditeurs oder Officiers oder zweier Zeugen, wenn die Verhandlung dem Teſtator vorgeleſen und von den Urkundsperſonen unterſchrieben iſt.

Die Zeugen ſind bloße Beweiszeugen.

Das militäriſche Teſtament verliert ſeine Geltung mit Ablauf eines Jahres von dem Augenblicke an, in welchem das Recht des Teſtators, militäriſch zu teſtiren aufhört. Die Friſt läuft aber nicht während der Zeit, in welcher der Teſtator zur Errichtung einer anderen letztwilligen Verfügung unfähig iſt. Das Teſtament behält auch dann ſeine Gültigkeit, wenn der Teſtator während der Friſt verſchollen iſt.

Wenn ein militäriſches Teſtament auch den Anforderungen des bürgerlichem Rechtes genügt, ſo iſt es natürlich an die Jahresfriſt nicht gebunden.

---

18) Mandry, Inhalt der R.G. S. 530; mein Preuß. Privatr. Bd. 3 § 114.

IV. Erleichterte Form für Vermächtniſſe.

§ 74. Die Kodicillarform.[1]

Da ſich die Formloſigkeit der Kodicille auf die Dauer nicht bewährte, war das Nächſte, ſie an die Teſtamentsformen zu binden. Das verſuchte Konſtantin für die Inteſtatkodicille.[2]

Doch dies ſchien wieder zu weit zu gehen, und es bildete ſich — wohl als Kompromiß zwiſchen den extremen Anſichten — eine eigene Kodicillarform.[3] Sie fordert:

a) die Zuziehung von 5 Zeugen, vor denen der Erblaſſer ſeinen Willen erklärt, oder eine Schrift ſolenniſirt.

b) Die ſchriftlichen Kodicille hat der Erblaſſer, wenn ſie nicht holographe ſind, vor den Zeugen zu unterſchreiben oder, falls er hierzu nicht im Stande iſt, durch einen für ihn Schreibenden unterſchreiben zu laſſen. Auch die Zeugen haben zu unterſchreiben.

c) Endlich wird auch Einheit des Aktes verlangt.

Beſtritten iſt, ob noch andere Solennitäten der Teſtamente für die Kodicille zu fordern ſind, insbeſondere ob die Kodicillarzeugen die Eigenſchaft von Teſtamentszeugen haben und ob ſie beſonders rogirt ſein müſſen. Die Neueren behaupten dies faſt durchgängig, indem ſie ſich darauf berufen, daß ſich die Kodicillarform nach Analogie der Teſtamentsform gebildet habe. Aber durch die Jurisprudenz Nichtigkeiten für Rechtsgeſchäfte nach Analogie feſtzuſtellen, iſt bedenklich. In der That nahm die Kodicillarform eine beſondere Entwickelung. Man legte vorzugsweiſe Gewicht darauf, den Beweis der Echtheit und Unverfälſchtheit zu ſichern. Andere Solennitäten verlangen die Kodicille nach Juſtinians Zeugniß nicht.[4] Genügen doch ſelbſt bloße Zeichen in Gegenwart der Zeugen.[5]

---

1) Tit. Inst. de codicillis 2, 25. Dig. de jure codicillorum 29, 7. Cod. de codicillis 6, 36. Ueber die Form der Kodicille vgl. Danz in Lindes Zeitſchrift Bd. 9 n. 8.

2) Zuerſt beſtimmten Konſtantinus und Konſtantius im Jahre 326 für die Inteſtatkodicille l. 1 C. Theod. de testamentis 4, 4: In codicillis quos testamentum non praecedit sicut in voluntatibus testamenti septem testium vel quinque interventum non deesse oportet: sic enim fiet, ut testantium successiones sine aliqua captione serventur. Im Jahre 424 erließ dann Theodoſius der Große am Schluſſe einer von der Kodicillarklauſel handelnden Konſtitution eine allgemeine Verfügung über die Zuziehung von 5 oder 7 Zeugen bei Kodicillen jeder Art. l. 7 § 2 C. Theod. eod. Aus dieſer Verordnung entſtand die l. 8 § 3 C. J. h. t. 6, 36, welche die Kodicillarform regelt.

3) l. 8 § 3 C. h. t. 6, 36, l. 28 in fine C. de testamentis 6, 23, l. 8 C. qui test. facere 6, 22.

4) Seit Danz a. a. O. iſt die Meinung die herrſchende geworden, daß alle

Kodicille der Blinden theilen die Erschwerungen ihrer Testamente.[6] Die Testamentsformen, insbesondere gerichtliche Errichtung genügen auch für Kodicille.

§ 75. Das Oralfideikommiß.[1]

Da Justinian die Kodicillarform vorzugsweise als Beweissicherung erachtete, kam er auf den Gedanken des s. g. Oralfideikommisses, dessen Form einzig in der unmittelbaren Mittheilung des Erblassers an den Beschwerten besteht. Er wollte treue Erfüllung solcher Auflagen erzwingen, ohne daß doch die Gefahren der Formlosigkeit einträten. Kläger soll nämlich den Gefährdeeid zu schwören haben, wonach er ohne Chikane klage, Beklagter sich nur durch den Eid befreien, daß er die fragliche Anordnung nicht vom Erblasser vernommen habe.[2] Weigert er sich dessen, so wird er verurtheilt. Anderer Beweis ist ausgeschlossen.

Wie sich nun aber dieses Verfahren mit der C.P.O. reimen soll, ist dunkel. Denn diese weiß von Eiden der hier gedachten Art nichts.[3]

Testamentsformalitäten bei den Kodicillen zu beachten seien und daß nur die Zahl der Zeugen eine geminderte sei. Unerklärt bleibt dabei vor Allem, daß die Kodicille nach § 3 J. h. t. 2, 25 „nullam solemnitatem ordinationis desiderant". Dafür daß die Kodicillarzeugen nur als Beweiszeugen betrachtet werden, spricht ferner gar sehr l. 32 C. de fideicommissis 6, 42. Daß es auf die Rogation der Zeugen nicht ankam, ergiebt endlich l. 8 § 3 C. h. t. 6, 36 „quinque testes vel rogati vel qui fortuitu venerint". Nur auf gezwungene Weise wird diese Gesetzesbestimmung von den Neueren weginterpretirt.

5) Die natürlich interpolirte l. 22 C. de fideicommissis 6, 42 vom Jahre 293 sagt: Et in epistula vel brevi libello vel sine scriptura immo etiam nutu fideicommissum relinqui posse adhibitis testibus nulla dubitatio est. Testamente dagegen müssen mündlich oder schriftlich erklärt sein! Es ist also unrichtig, wenn die heute herrschende Ansicht alle Testamentsformalitäten, abgesehen von der Zeugenzahl, für Kodicille fordert.

6) l. 8 C. qui test. facere possunt 6, 22; oben Bd. 3 § 72 Ziff. 1.

1) l. 32 C. de fideicommissis 6, 42, § 12 J. de fideicommissariis hered. 2, 23. Arndts bei Glück Bd. 47 S. 341. Sonnenschmidt, neue praktische Erörterungen S. 1. Andere Litteratur siehe bei Windscheid Bd. 3 § 629.

2) Der Eid, welchen der angeblich Onerirte zu leisten hat, lautet nach § 12 J. h. t. 2, 23 „quod nihil tale a testatore audivit". Das ist ein fester Punkt, von dem man auszugehen hat. Viele Neuere wollen gleichwohl eine durch Boten oder Brief vermittelte Mittheilung als genügend ansehen. So Windscheid Bd. 3 § 629, welcher findet, man habe kein Recht, jene Eidesformel zu pressen, und nur insoweit in derselben die Grenze zieht, als sie die Nothwendigkeit einer Mittheilung an den Beschwerten darthut, so daß auch Windscheid einen im Nachlaß gefundenen Brief für nicht genügend erklärt. — Den Eid an die Erben des Onerirten erklärt für unzulässig Seuffert Archiv Bd. 33 n. 239.

3) Die C.P.O. kennt keinen „Gefährdeeid" mehr, und doch ist er Bedingung der Geltendmachung des justinianischen Oralfideikommisses. Vgl. weiter Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Ziff. 2.

Damit ist aber, wie es scheint, das Oralfideikommiß unpraktisch geworden.[4] — Theorie und Praxis früherer Jahrhunderte nahmen auch an, daß sich der Erblasser in seinem Testamente die Befugniß zu formlosen Nachzetteln — codicilli confirmati in futurum — vorbehalten könne.[5] Da aber die Kodicillarform für Kodicille jeder Art vorgeschrieben ist, so wird dies mit Recht neuerdings verworfen.[6]

Drittes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze von letztwilligen Verfügungen.

I. Der letzte Wille und seine Erklärung.

§ 76. Bestimmtheit des Willens.

Die Verfügungen von Todeswegen müssen das Produkt des eigenen bestimmten Willens des Erblassers sein.[1] [2]

Das bezieht sich nicht auf die Vorbereitung derselben. Dritte können dem Erblasser Vorschläge machen, den Testamentsentwurf für ihn schreiben, ja ausarbeiten. Indem ihn der Erblasser persönlich nach genommener Kenntniß solennisirt, macht er sich seinen Inhalt zu eigen. Es ist auch nicht ausgeschlossen, daß der Erblasser beim Testamentsgeschäfte selbst Hülfe und Beistand Dritter in Anspruch nimmt.

Die getroffenen Anordnungen aber müssen selbständige sein.

Dabei ist zu unterscheiden:

a) Nicht gestattet ist dem Erblasser, Dritten die Verfügung über seinen Nachlaß testamentarisch zu übertragen, ihnen hierbei, wie man sagt, carte blanche zu geben.[3] Derartige allgemeine

---

4) A. Ansicht ist Windscheid Bd. 3 § 629 Anm. 1.

5) Insbesondere vertrat diese Ansicht J. H. Böhmer, disp. de codicillis absque testibus validis Hal. 1707, dann auch exerc. ad Pand. V, 78.

6) Fein bei Glück Bd. 45 S. 96. Anders Kräwell im Archiv für civ. Praxis Bd. 43 n. 3 S. 78, Bd. 46 n. 4. Dagegen aber Chop ebendaselbst Bd. 44 n. 12 S. 335 und Windmüller Bd. 45 n. 15.

1) Ulpian, fragm. XXII § 4 „certum consilium debet esse testantis".

2) Ueber Konventionalstrafen, wodurch man letztwillige Verfügungen des Versprechenden zu erzwingen sucht, vgl. oben § 66 Anm. 15.

3) l. 32 pr. D. de hered. inst. 28, 4. Gajus libro 1 de testamentis ad edictum praetoris urbani: Illa institutio „quos Titius voluerit" ideo vitiosa est,

Vollmachten entsprechen den Bedürfnissen des Verkehres für Geschäfte unter Lebenden. Anders bei Geschäften von Todeswegen. Denn für die Beerbung besteht ohnehin eine allgemeine gesetzliche Ordnung. Dem Erblasser ist zwar freigelassen, seinen letzten Willen in concreto an deren Stelle zu setzen; wenn er selbst aber nicht etwas zu bestimmen weiß, so behält es mit Recht sein Bewenden bei der gesetzlichen Erbfolge.

Die Zulässigkeit einer allgemeinen Vollmacht, nach dem Tode des Erblassers dessen Nachfolger zu bestimmen, könnte auch zu erheblichen Mißbräuchen führen, da oft nicht zu ermitteln wäre, ob der Beauftragte dabei den ihm kund gethanen Intentionen des Erblassers, dessen Vertrauen er zu erschleichen wußte, nachkommt oder entgegenhandelt.

Das kanonische Recht und der mittelalterliche Gebrauch theilte diese Bedenken nicht und verstattete vielmehr, Dritten die Verfügung über den Nachlaß anheimzustellen.[4] Aber die neuere Praxis hat dies nicht angenommen, vielmehr an den entgegenstehenden Bestimmungen des römischen Rechtes festgehalten.

b) Es fragt sich weiter, ob *bestimmte Anordnungen* testamentarisch an die *Zustimmung Dritter* geknüpft werden können; z. B. eine Frau, gewohnt, stets ihrem Manne zu folgen, testirt während dessen Abwesenheit im Felde bei plötzlich ausbrechender Krankheit: „Ich vermache mein Vermögen dem N., wenn mein Mann damit einverstanden ist."

Eine alte römische Rechtsregel lautete, daß die Testamente durch sich selbst bestehen müßten, und erklärte insbesondere Erbeseinsetzungen unter der Bedingung des Wollens Dritter für nichtig. Aber in der Kaiserzeit umging man diese Regel. Man ließ nämlich zu, letztwillige Dispositionen an *Handlungen* Dritter zu knüpfen, welche, an sich irrelevant, nur den Zweck haben, die Willenszustimmung auszudrücken. Hiernach wäre oben gedachte Anordnung gültig, falls sie stylisirt wäre: wenn mein Mann an den N. ein „Ja" schreibt.[5]

---

quod alieno arbitrio permissa est, nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

4) cap. 13 X. de testamentis 3, 26. Innocenz III.: Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Manche behaupten, es habe sich nur um ein besonderes Gewohnheitsrecht der *Geistlichen* gehandelt, welches Innocenz III. anerkannte, keineswegs aber um einen allgemeinen Rechtssatz, vgl. namentlich Bangerow Bd. 2 § 432. Das ist unrichtig. Es galt im Mittelalter vielmehr allgemein als zulässig, daß der Erblasser seinem Testamentsvollstrecker überließ, nach seinem Ermessen „das Seelgeräth" auszurichten, überhaupt nach seinem Befinden über den Nachlaß zu verfügen, Stobbe, Pr.Recht Bd. 5 S. 264.

5) l. 69 D. de hered. inst. 28, 5. Pomponius libro 7 ad Quintum Mucium:

Ulpian erklärte beides aber mit Recht für gleichbedeutend und erkannte Zuwendungen unter der Bedingung des „Wollens" Dritter an. Das ist als praktisches Recht anzusehen.[6]

Das vollends ist kaum zweifelhaft, daß man eine letztwillige Verfügung in das vernünftige Ermessen Dritter stellen kann.[7 8]

c) Die ältere Jurisprudenz schloß aus der Anforderung eines bestimmten Willens des Erblassers, daß er eine „incerta persona" nicht honoriren dürfe, d. h. eine solche, deren Individualität sich der Erblasser nicht konkret vorstellen kann. Ungültig war daher unter Anderem ein Vermächtniß zu Gunsten des künftigen Schwiegervaters des noch unverlobten Sohnes des Erblassers. Justinian hat dies aufgehoben.[9] — Etwas Anderes ist es, daß der Erblasser, welcher eine juristische Person schaffen und zum Erben einsetzen will, dieselbe so genau charakterisiren muß, daß sie in das Leben treten kann.[10]

Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac condicione „si Titius in Capitolium ascenderit", quamvis non alias heres esse possit Sempronius nisi Titius ascendisset in Capitolium et hoc ipsum in potestate sit repositum Titii: quia tamen scriptura non est expressa voluntas Titii, erit utilis ea institutio; atquin, si quis ita scripserit, „si Titius voluerit Sempronius heres esto non valet institutio. quaedam enim in testamentis si exprimantur effectum nullum habent, quando, si verbis tegantur, eandem significationem habeant quam haberent expressa, et momentum aliquod habebunt. Ebenso Modestinus in der l. 52 D. de cond. et demonstr. 35, 1, welcher hinzufügt: „inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent".

6) Ulpianus libro 9 ad Sabinum. l. 1 pr. D. de leg. II: In arbitrium alterius conferri legatum, veluti condicio, potest: quid enim interest „si Titius in Capitolium ascenderit" mihi legetur an „si voluerit", ebenso in l. 46 § 2 D. de fideic. libert. 40, 5 und in l. 43 § 2 D. de leg. I, 30. Die Versuche, Ulpians Entscheidungen mit den in der Anm. 5 abgedruckten Stellen in Uebereinstimmung zu bringen — siehe insbesondere Bangerow Bd. 2 § 432 Anm. 1, Windscheid Bd. 3 § 633 Anm. 17 —, sind gescheitert, wie noch neuerdings Unger in Iherings Jahrbüchern Bd. 25 S. 384 überzeugend dargethan hat. Unger freilich will die Ansicht Ulpians im justinianischen und heutigen Rechte verworfen wissen. Mit Unrecht. Denn entweder bestehen gute innere Gründe, um Verfügungen für ungültig zu erklären, die von der Zustimmung Dritter abhängig sind, dann muß dies durchgeführt werden, mag es direkt oder indirekt verfügt sein; oder es bestehen solche Gründe, wie in der That der Fall ist, nicht, dann muß man die Geltung ohne Rücksicht auf die gebrauchte Formel anerkennen.

7) l. 1 § 1 D. de leg. II, l. 11 § 2 D. de leg. III.

8) Vermächtnisse können nicht in die bloße Willkür des Erben, wohl aber in dessen sachgemäßes Ermessen gestellt werden, l. 11 § 7 D. de leg. III, l. 46 § 3 D. de fideicommissaris libert. 40, 5. Vgl. auch R.G. Bd. 21 S. 188.

9) Ulpian, fragm. XXII § 4; § 25, § 27 J. de leg. 2, 20 und die restituirte l. un. C. de incertis personis 6, 48.

10) Vgl. oben Bd. 1 § 63 a. E. Es sollen jedoch Stiftungen zu Gunsten „der Armen" nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der Testator nicht genügend für deren Vertretung gesorgt hat. Vielmehr gilt die Gemeinde des Ortes als berufen, deren Einwohnern die Stiftung zu gute kommen soll, l. 24, l. 28 pr. C. de episcopis 1, 3, R.G. Bd. 19 S. 257.

§ 77. Die Willenserklärung.

1. Bezüglich der Willenserklärung beſteht ein tiefgreifender Unterſchied zwiſchen dem klaſſiſchen und dem juſtinianiſchen Rechte.

In der alten Zeit knüpfte ſich die Honorirung im Teſtamente an beſtimmte Formeln. Insbeſondere mußte die Erbeseinſetzung mit den Worten „heres esto“ oder „heredem esse jubeo“ geſchehen,[1] nicht minder waren die Legate an ihre ſpecifiſchen Formeln, z. B. „do lego“ oder „damnas esto dare“ gebunden.[2]

Die Vorzüge dieſes Syſtems lagen darin, daß die Wahl der Formel unmittelbar volle Klarheit darüber verbreitete, welche Rechtsſtellung der Honorirte erhalten ſollte. Aber freilich ſetzte es voraus, daß die beſondere Bedeutung der einzelnen Formeln in dem nationalen Bewußtſein lebte. Seit dies nicht mehr der Fall war, mußte es hart erſcheinen, daß der Wille des Erblaſſers wegen des Vergreifens in unverſtandenen Formeln hinfällig werde. Jetzt verordnete daher Konſtantin II., daß *jede Erklärung zur Erbeseinſetzung genüge, wenn der Wille des Erblaſſers zu derſelben erhelle*,[3] und gab ähnliche Beſtimmungen für die Vermächtniſſe.

Daraus mußten ſich einſchneidende Umgeſtaltungen des früheren Rechtes nothwendig ergeben.[4]

Unter anderem war alter Rechtsſatz, daß man *aus dem Inhalt einer Bedingung* eine *Erbeseinſetzung* nicht entnehmen könne, „positus in condicione non est positus in dispositione“. War z. B. geſchrieben: „Wenn mein Bruder nicht mein Erbe ſein will, ſollen meine Neffen meine Erben ſein“, ſo galt der Bruder nicht als er-

1) Gajus Inst. II § 117: Sollemnis autem institutio haec est: Titius heres esto: sed et illa jam comprobata videtur: Titium heredem esse jubeo: at illa non est comprobata: Titium heredem esse volo: sed et illae a plerisque improbatae sunt: Titium heredem instituo, item: heredem facio.

2) Oben Bd. 3 § 64.

3) l. 15 C. de testamentis 6, 23. Constantinus ad populum: Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit ademptis his, quorum imaginarius usus est institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam utrum imperativis et directis verbis fiat an inflexa. Nec enim interest, si dicatur „heredem facio“ vel „instituo“ vel „volo“ vel „mando“ vel „cupio“ vel „esto“ vel „erit“ sed quibuslibet confecta sententiis, quolibet loquendi genere fermata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio, nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis et balbutiens lingua profudit. a. 339. Die Verordnung gehört den Söhnen Konſtantins M. an, nach J. Gothofredus dem Konſtantius, vgl. Krüger zu dieſer Stelle.

4) l. 21 C. de legatis 6, 37, urſprünglich ein Beſtandtheil der in l. 15 C. de testamentis — oben Anm. 3 — benutzten Verordnung Konſtantins.

nannt.[5] Das iſt veraltet, denn jede, auch die indirekt ausgeſprochene Erbeseinſetzung genügt.[6]

2. Bezüglich der Bezeichnung der Perſon des Honorirten und des ihm Zugewandten waltete ſchon ſeit der klaſſiſchen Zeit Freiheit, ſo daß insbeſondere der Honorirte nicht mit Namen genannt ſein muß, vielmehr beliebig bezeichnet ſein kann.[7]

3. Falſche Bezeichnung — falsa demonstratio — ſchadet nichts,[8] wenn nur die Identität nicht zweifelhaft iſt.[9]

Iſt die Identität des Honorirten nicht mit Sicherheit zu ermitteln, ſo iſt die Verfügung wirkungslos. So namentlich, wenn Mehrere gleiche Namen führen und ungewiß bleibt, wer gemeint war. Denn es kann dann keiner darthun, daß er der Honorirte ſei.[10]

4. Unkräftig iſt die Honorirung, wenn ſie im Sinne des Teſtators noch nicht vollendet iſt.[11]

---

5) l. 19 D. de her. inst. 28, 5, l. 16 § 1 in fine D. de vulgari et pup. subst. 28, 6, vgl. freilich l. 86 D. de her. inst. 28, 5. Für Fideikommiſſe galt der Satz nicht, vgl. R.G. Bd. 10 S. 113.

6) Viele Neuere wollen dieſe Folge der Verordnung Konſtantins nicht anerkennen. Vgl. aber Bangerow Bd. 2 § 449 Anm. 1, Windſcheid Bd. 3 § 546 Anm. 11. Unverſtändig wäre es natürlich, umgekehrt den Satz als allgemeinen auszuſprechen „positus in condicione est positus in dispositione“. Es fragt ſich eben, was der Erblaſſer in concreto gewollt hat.

7) l. 9 § 8 D. de her. inst. 28, 5. Bloße Bezeichnung durch ein Schimpfwort genügt nicht, z. B. „mein Spitzbube von Neffen“. Es wäre wenig anſtändig für einen der Neffen, das Prädikat für ſich in Anſpruch zu nehmen, noch ſchlimmer, wenn eine Konkurrenz Mehrerer um daſſelbe einträte.

8) „falsa demonstratio non nocet“ § 30 J. de legatis 2, 20, l. 49 § 3 D. de her. inst. 28, 5, l. 33 pr. l. 72 § 8 D. de cond. et dem. 35, 1.

9) l. 4 C. de testamentis 6, 23, l. 7 § 1 C. de legatis 6, 37, § 29 J. de legatis 2, 20. Nach l. 7 § 2 D. de suppellect. leg. 33, 10, l. 4 pr. D. de legatis I war freilich erfordert, daß bei Vermächtniſſen das nomen appellativum der vermachten Sache korrekt gebraucht werde. Aber auch dies kann der l. 21 C. de legatis 6, 37 gegenüber keine Geltung mehr beanſpruchen. Wenn alſo z. B. der Erblaſſer gewohnt war, ſeinen Weinvorrath „ſeine Bibliothek“ zu nennen, und er vermacht „ſeine Bibliothek“ einem Zechbruder, während er Bücher überhaupt nicht beſitzt, ſo iſt das Vermächtniß des Weinvorraths nach heutigem Rechte gültig. Vgl. übrigens Leonhard, Irrthum S. 330, Eiſele in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 18, namentlich S. 38.

10) l. 10 pr. l. 28 D. de rebus dubiis 34, 5.

11) Das Teſtament iſt noch nicht zu Stande gekommen, weil es noch unvollſtändig war — l. 29 pr. D. de hered. inst. 28, 5 — wenn der Erblaſſer nach einer Erbeseinſetzung noch Erben ernennen wollte, ja wenn er vor der beabſichtigten Ernennung von Subſtituten verſtummte, l. 25 D. de hered. inst. 28, 5. Dagegen iſt das bloße Unterlaſſen der beabſichtigten Zufügung von Vermächtniſſen in der Regel nicht geeignet, die Geltung der Erbeseinſetzungen in Frage zu ſtellen. Bangerow Bd. 2 § 433. Wollte der Erblaſſer erweislich der Erbeseinſetzung unmittelbar noch eine Bedingung zufügen und wurde der Teſtirakt unterbrochen, ſo iſt die Einſetzung nichtig, denn die unbedingte Einſetzung war nicht gewollt, die gewollte bedingte iſt nicht erklärt. Hat aber der Erblaſſer den Erben „unter ſpäter

Der Testator kann in seinem schriftlichen Testamente auf eine andere Urkunde verweisen, in welcher der Erbe oder anderweitige Honorirte oder das ihm Zugewendete bezeichnet werden soll — testamentum mysticum.[12] Damit giebt sich der Erblasser die Ermächtigung, seinen letzten Willen formlos zu erklären. Dieser Satz bildete sich in einer Zeit aus, in welcher man die Form nur als lästige Schranke, nicht aber zugleich als wohlthätige Garantie ansah. Er ist ungesund und zweckwidrig, aber positiven Rechtens. Mündliche mystische Testamente sind dagegen nicht zuzulassen.[13]

§ 78. Die Interpretation der Testamente.

Die Ausbildung des römischen Testamentrechtes geschah durch das Ineinandergreifen der Methoden typischer und individueller Interpretation.

Die ältere, die typische Interpretation schloß sich an die herkömmlichen stereotypen Ausdrücke der Testamente an und prägte ihnen eine ein für allemal anerkannte Bedeutung auf. Damit bildete sie zum großen Theile das objektive römische Testamentsrecht.

Die individuelle Interpretation fand Anerkennung seit Ende der Republik.[1] In der Kaiserzeit tritt sie in die erste Linie.

---

zuzufügenden Bedingungen" ernannt und solche Bedingungen später nicht zugefügt, so gelten sie als erlassen nach l. 8 C. de instit. 6, 25. Bangerow Bd. 2 § 433 Anm. I 4 S. 100.

12) l. 78 D. de her. inst. 28, 5. Papinianus libro 17 quaestionum. Asse toto non distributo ita scriptum est: „quem heredem codicillis fecero heres esto" Titium codicillis heredem instituit. ejus quidem institutio valet ideo, quod licet codicillis dari hereditas non possit, tamen haec ex testamento data esse videtur, vgl. l. 12 D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11, l. 10 D. de cond. inst. 28, 7; siehe ferner l. 38 D. de cond. et dem. 35, 1. Nicht unbestritten ist, ob der Nachzettel der Kodicillarform bedürfe, doch ist die herrschende Ansicht dagegen. Fein bei Glück Bd. 45 S. 119. Ueberhaupt Dertmann, das testamentum mysticum, Berliner Inauguraldissertation 1887.

13) Gegen die Zulassung mystischer Erbeseinsetzungen bei mündlichen Testamenten vgl. l. 21 pr. D. qui test. facere 28, 1, l. 26 C. de testamentis 6, 23. Früher war die Theorie entschieden gegen die Zulässigkeit. So meinte Glück Bd. 35 S. 13: „Ein mündliches mystisches Testament ist ein Unding." Die Neueren jedoch sind überwiegend für die Geltung; so Windscheid Bd. 3 § 546 Anm. 10, Arndts § 493 Anm. 2. Sie gehen dabei mit Unrecht davon aus, daß die mystischen Erbeinsetzungen etwas Selbstverständliches seien, so daß man die Unzulässigkeit bei mündlichen Testamenten dem gegenüber positiv begründen müsse.

1) In der berühmten causa Curiana — vgl. über sie unten § 89 Anm. 15 — traten die verschiedenen Interpretationsmethoden in einen Gegensatz, welcher mit Recht in Rom das größte Aufsehen erregte. Der hochangesehene Jurist Publius Mucius Scävola vertheidigte in diesem großen Prozesse das alte Testamentsrecht und die Formularjurisprudenz, der berühmte Redner Crassus das neue, den kon-

Sie ſucht den Willen des Erblaſſers im gegebenen Fall möglichſt zu erkennen und zu verwirklichen.[2] Daher iſt ſeine individuelle Sprachweiſe zu beachten, wie ſie ſich ſonſt dokumentirt oder aus dem Sprachgebrauch ſeines Standes und ſeiner Heimath ſich ergiebt;[3] der Zuſammenhang ſeiner Verfügungen iſt in das Auge zu faſſen, ſeinen Zwecken Berückſichtigung zu ſchenken. Frühere und ſpätere Erklärungen des Erblaſſers können maßgebende Bedeutung gewinnen.[4]

Bei alledem ſind aber die herkömmlichen typiſchen Interpretationen von Bedeutung geblieben, denn ſie kommen überall zur Anwendung, wo der konkrete Wille des Erblaſſers nicht feſtſtellbar iſt. Ja unter Umſtänden wurde derſelbe gegenüber der einmal feſtſtehenden Auslegung nicht berückſichtigt.[5]

Andererſeits wiederum ſchwächte ſich ſchon in der ſpäteren klaſſiſchen Zeit die Empfindung für die prägnante Bedeutung mancher Redewendungen ab, auf die man früher Gewicht gelegt hatte, und die alte Sorgfalt bei der Abfaſſung der Teſtamente beſtand in weiten Kreiſen nicht mehr.[6] Daher mußte ſchon die ſpätklaſſiſche Jurisprudenz manche ſubtile Unterſcheidung fallen laſſen, welche ſich früher an die Wahl beſtimmter Ausdrücke geknüpft hatte,[7] und es änderten ſich hiernach nicht wenige Rechtsſätze.[8]

---

freten Willen betonende Recht. Cicero, Brutus cap. 52 § 195 .. quid ille — Scävola — non dixit de testamentorum jure? de antiquis formulis? quam captiosum esset populo, quod scriptum esset negligi et opinione quaeri voluntates et interpretatione disertorum scripta simplicium hominum pervertere? dagegen Craſſus — § 198 — Aequum bonum, testamentorum sententias voluntatesque tutatus est; quanta esset in verbis captio quum in ceteris rebus tum in testamentis si negligerentur voluntates.

2) l. 24 D. de rebus dubiis 34, 5. Marcellus libro 11 digestorum. Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est.

3) l. 50 § 3 D. de legatis I. Ulpianis libro 23 ad Sabinum: Si numerus nummorum legatus sig, neque apparet, quales sunt legati, ante omnia ipsius patris familias consuetudo deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est: sed et mens patris familiae et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo, item earum quae praecedunt vel quae sequuntur summarum scripta sunt spectanda.

4) l. 21 § 1 D. qui test. facere possunt 28, 1.

5) l. 19 D. de usu legato 33, 2. Modestinus libro singulari de heurematicis: Si alii fundum alii usum fructum ejusdem fundi testator legaverit: si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur. nam detracto usu fructu proprietatem eum legare oportet eo modo: „Titio fundum detracto usu fructu lego: Sejo ejusdem fundi usum fructum heres dato“, quod nisi fecerit, usus fructus inter eos communicabitur, quod interdum plus valet scriptura, quam peractum sit. Vgl. unten § 111 Anm. 2.

6) Vgl. l. 88 § 17 D. de leg. II, abgedruckt unten § 95 Anm. 7.

7) Hieraus erklären wir unter anderem den Gegenſatz, in welchen Paulus in

Bei der Reception des römiſchen Teſtamentsrechtes in Deutſchland wurden zahlreiche in Rom gebräuchliche Wendungen und techniſche Ausdrücke nicht übernommen. Der deutſche Erblaſſer giebt ſeinem Willen einen unmittelbaren und individuellen Ausdruck. Nach beſonderer Prägnanz im Ausdrucke ſtreben nur Wenige.

Bei der Auslegung iſt daher noch in höherem Maße auf den konkreten Willen des Erblaſſers Gewicht zu legen, als dies in Rom geſchah.[9] Der Satz gilt gemeinrechtlich, daß man die letztwilligen Honorirungen, insbeſondere Erbeseinſetzungen in einer günſtigen und liberalen Weiſe auslegt.[10]

Mit Recht lehrt man ferner, daß letztwillige Verfügungen im Anſchluß an das Inteſtaterbrecht auszulegen ſind. Dies war allerdings den Römern fremd. Aber im deutſchen Leben gilt die Inteſtaterbfolge als das Ordnungsmäßige. Von ihr gehen daher die Erblaſſer aus und nur Abänderungen pflegen ſie beſtimmt hervorzuheben.

Insbeſondere gelten, wenn der Erblaſſer „ſeine Verwandten" zu Erben einſetzte, diejenigen als berufen, welche nach Inteſtaterbrecht ſuccedirt hätten. In gleichem Sinne iſt dann, wenn der Erblaſſer ſeine nächſten Verwandten einſetzt, im Zweifel die Nähe nicht nach dem Grade, ſondern nach der vorzüglichſten Inteſtaterbberechtigung zu bemeſſen.[11] [12]

---

der l. 17 D. de duobus reis 45, 2 zu Neratius in der l. 124 und Pomponius in der l. 54 § 3 D. de leg. I tritt, ſiehe unten § 103 Anm. 14.

8) Beiſpielsweiſe hatte nach früherem klaſſiſchen Rechte der Subſtitut, welcher an die Stelle des Inſtituten trat, die dieſem „nominatim" auferlegten Vermächtniſſe nicht zu entrichten. Denn man nahm an, daß der Teſtator ſie ihm durch die Formel „quisquis mihi heres erit" oder in ähnlicher Weiſe aufgelegt hätte, wenn er ſie hätte tragen ſollen. Als aber die in der altrömiſchen Zeit gewöhnliche ſorgfältige Abfaſſung der Teſtamente und Abwägung der Worte in ſehr vielen Fällen nicht mehr ſtattfand, ſah ſich Sever veranlaßt, als Regel auszuſprechen, daß die dem Inſtituten „nominatim" aufgelegten Vermächtniſſe in der Regel als im Sinne des Teſtators auch dem Subſtituten obliegend anzuſehen ſeien. Siehe unten § 88 Anm. 8.

9) Die in Anm. 5 citirte Entſcheidung kann in Deutſchland nicht zur Anwendung kommen. Vgl. Ihering, Jahrb. f. Dogm. 1 S. 33.

10) l. 19 D. de liberis 28, 2. Paulus libro 1 ad Sabinum . . aliamque causam esse institutionis, quae benigne acciperetur: exheredationes autem non essent adjuvandae, l. 5 D. quemadmodum test. aperiantur 29, 3. Paulus libro 8 ad Plautium . . publice enim expedit suprema hominum judicia exitum habere. Vgl. Hofmann, krit. Studien IV.

11) Vgl. die bei Gruchot, Erbrecht Bd. 2 S. 178 ff. Citirten. Hat freilich der Erblaſſer „ſeine Geſchwiſter" zu Erben ernannt, ſo ſind die Kinder vorverſtorbener Geſchwiſter nicht berufen, trotzdem ſie neben den Geſchwiſtern ab intestato erben würden.

12) Hinſichlich zahlreicher Auslegungsregeln der Quellen hat man zu fragen, ob ſie auch im Sinne heutiger Erblaſſer liegen. Das iſt z. B. bezüglich der römi-

II. Fehlerhafte Verfügungen.

§ 79. Wesentlicher Irrthum.

Ist etwas Anderes *erklärt* als *gewollt*, so besteht *kein* letzter Wille; denn das Erklärte ist nicht gewollt und das Gewollte nicht erklärt; z. B. der Schreiber des Testamentes, dem dasselbe diktirt wird, schreibt aus Mißverständniß oder Arglist einen anderen Erben, als ihm der Testator diktirte, und dieser solennisirt das Testament, ohne den Fehler bemerkt zu haben.[1] Bloßer Irrthum im Namen des ernannten Erben ist dagegen unschädlich.[2]

Entspringt die letztwillige Verfügung aus irrthümlichen *Beweggründen*, so ist sie an sich gültig, denn sie ist gewollt.

Das ältere Recht erachtete sie für unanfechtbar, selbst wenn der irrige Beweggrund ausdrücklich angeführt war. Es hieß: „falsa causa non nocet".

Aber das verfeinerte Recht hielt es für unstatthaft, einer letztwilligen Anordnung Folge zu geben, welche der Erblasser offenbar, wenn er sich noch aussprechen könnte, verwerfen würde. Man erklärte sie daher für anfechtbar.

a) Dies machte sich leicht bei Vermächtnissen. Dem Legatar trat eine exceptio doli entgegegen.[3]

b) Schwierig aber war die Behandlung bei Erbeseinsetzungen.

---

schen substitutio tacita pupillaris entschieden nicht der Fall, worüber unten § 89 das Nähere. Auch mit dem Geiste der deutschen Sprache müssen die Regeln vereinbar sein. Wenn z. B. Justinian in der l. 4 C. de verb. sign. 6, 38 erklärt, im Falle der Honorirung „ille vel ille heres mihi esto" oder „illi aut illi do lego" solle „aut" als „et" aufgefaßt werden, so ist dies derart der deutschen Sprache zuwider, daß es nicht zur Anwendung gebracht werden kann. Vielmehr muß bei Erbeseinsetzungen Prävention der Annahmeerklärung entscheiden, wenn nicht der Sachlage nach das Wort „oder" im Sinne einer Korrektur, also von „oder vielmehr" aufzufassen ist. Bezüglich der Vermächtnisse siehe unten § 108 Anm. 5. Vgl. übrigens Bernstein in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 177, Seuffert, Archiv Bd. 17 n. 150.

1) l. 9 pr. D. de her. inst. 28, 5. Ulpianus libro 5 ad Sabinum: Quotiens volens alium heredem scribere alium scripserit in corpore hominis errans . . placet neque eum heredem esse, qui scriptus est quoniam voluntate deficitur neque eum, quem voluit, quia scriptus non est, l. 9 §§ 1—7 D. eod. Vgl. überhaupt oben Bd. 1 §§ 101 und 102.

2) Mit Unrecht hält Eisele in Iherings Jahrbuch Bd. 23 S. 18 beide Fälle für identisch.

3) l. 72 § 6 D. de cond. et dem. 35, 1. Papinianus libro 18 quaestionum: Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret: sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse. Vgl. über den Satz: „Falsa causa non nocet" Keller, Instit. S. 387.

Sie waren zweifellos an sich trotz des irrthümlichen Motivs gültig. Ein älteres Testament war daher rumpirt, die Intestaterbschaft ausgeschlossen. Es fehlte also an einer zur Anfechtung legitimirten Person. Man half sich mit der Indignitätslehre. Der Fiskus in der Regel entzog dem in Folge Irrthums Eingesetzten das Zugedachte als einem Unwürdigen.[4] Hatte aber der Erblasser im irrigen Glauben, daß die von ihm ernannten Testamentserben verstorben seien, neu testirt, so überwies man die Erbschaft den Erben des früheren Testamentes.[5] Nach jetzigem Indignitätsrechte treten die Intestaterben an die Stelle des Fiskus in Fällen, in denen kein älteres Testament existirt.[6]

Der Grundsatz falsa causa non nocet hat nur noch die Bedeutung, daß eine vom Erblasser absichtlich zugefügte falsche Motivirung nicht schadet. Solche Zufügungen können geschehen, um Andere zu beschwichtigen, die nichts oder weniger erhalten; oder sie können den Zweck besonderer Höflichkeit haben, man vermacht z. B. unter dem Zusatze, daß man das Vermachte schulde; oder sie können auch bloß aus Geschwätzigkeit und Lügenhaftigkeit hervorgehen.

§ 80. Unlautere Behinderung. Zwang.[1]

Wenn die Frage des Testirens an den Erblasser herantritt, ist er oft hülflos und gebrechlich und von seiner Umgebung abhängig. Das

4) l. 47 pr. D. de jure fisci 49, 14. Hermogenianus libro 6 juris epitomarum: Aufertur ei quasi indigno successio, qui cum heres institutus esset, ut filius post mortem ejus, qui pater dicebatur, suppositus declaratus est, l. 4 C. de heredibus inst. 6, 24 Imp. Gordianus. Si pater tuus eum quasi filium heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset . . . auferendam ei successionem divi Severi et Antonini placitis continetur.

5) l. 93 D. de her. inst. 28, 5. Paulus imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex 1, seu decretorum libro 2. Pactumeius Androsthenes Pactumeiam Magnam filiam Pactumeii Magni ex asse heredem instituerat eique patrem ejus substituerat. Pactumeio Magno occiso et rumore perlato quasi filia quoque ejus mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: quia heredes, quos volui habere mihi contingere non potui, Novius Rufus heres esto. Pactumeia Magna supplicavit imperatores nostros et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum: igitur pronuntiavit hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisse heres scripta. Das zweite Testament wird also nicht als ungültig erachtet. Vielmehr wird nur die Erbschaft dem Novius Rufus entzogen, so daß statt des Fiskus die Pactumeia Magna eintritt.

6) Vgl. oben Bd. 3 § 60 Anm. 18. Die Ansichten Anderer siehe bei Savigny, System S. 377, Vangerow Bd. 2 § 431 Anm. 2, Leonhard, Irrthum S. 258.

1) Tit. Dig. si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit 29, 6, Cod. 6, 34. Vgl. oben Bd. 1 § 103.

Recht hat ihn gegen mißbräuchliche Ausbeutung dieser Lage zu schützen. Diese Aufgabe ist aber nichts Leichtes.

Bloßes Zureden, wenn auch dringlicher und lästiger Art, insbesondere seitens des Ehegatten, mag nicht anständig sein, rechtlich läßt sich nichts dagegen thun.[2] Nur gegen rechtswidrige Mittel reagirt das Recht, mögen sie Behinderung des Erblassers an beabsichtigten Verfügungen oder Zwang zu solchen bezwecken.

1. Widerrechtliche Behinderung am Testiren ist in sehr verschiedener Weise möglich, insbesondere durch Zwang gegen die Person, indem man den Erblasser z. B. einschließt, oder durch Drohungen einschüchtert; oder durch Betrug, indem man ihm den Tod der von ihm gewünschten Erben vorspiegelt; endlich durch Verstandesberaubung oder Tödtung. Auch durch Machinationen gegen Andere, z. B. gegen die an das Testamentsgericht abgesendeten Boten, kann man das Testament hindern.[3]

So mißbilligenswerth derartige Dinge sind, so haben sie ihr Ziel trotz alledem erreicht; die Intention des Erblassers ist nicht verwirklicht, ein Testament nicht zu Stande gekommen, der vom Erblasser Gewünschte ist also nicht Erbe.

Ist freilich der Erbe an den Machinationen betheiligt gewesen, so verliert er als unwürdig seine Erbansprüche.[4]

Wer ferner das Testament widerrechtlich hinderte, ist dem, welchen der Erblasser honoriren wollte, in Folge der actio doli zum Ersatze seines wahrscheinlichen Schadens verbunden.

2. Erzwungene Verfügungen auf den Todesfall sind nach den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes nicht schlechthin nichtig.

Doch dem erzwungenen Vermächtnisse steht die exceptio quod metus causa entgegen.

Dem Erben ferner, dessen Einsetzung in Folge Zwanges geschah, wurde in Rom die bonorum possessio versagt. Dieselbe wurde denjenigen deferirt, welche ohne das erzwungene Testament berufen wären.

---

2) l. 3 D. h. t. 29, 6. Papinianus libro 15 responsorum: Virum, qui non per vim nec dolum, quo minus uxor, contra eum mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed, ut fieri adsolet, offensam aegrae mulieris maritali sermone placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei quod testamento fuerat datum auferendum, l. 3 C. h. t. 6, 34. Aeltere Schriftsteller stritten über die Tragweite dieses Ausspruches. Auch Schelten und Schläge sollten nach Einigen maritalis sermo sein, vgl. die bei Glück Bd. 33 S. 43 Citirten. Mit Recht nennt Bangerow Bd. 2 § 431 Anm. 1 den Streit „sehr wunderbar". Ueber Zudringlichkeit des Arztes vgl. Archiv für prakt. Rechtsw. n. F. Bd. 1 S. 345.

3) l. 1 pr. D. h. t. 29, 6.

4) l. 1 § 2, l. 2 D. h. t. 29, 6, l. 19 D. de his, quae ut indignis 34, 9.

Heutzutage erlangen sie das Erbrecht durch ihre Erklärung, dasselbe zu beanspruchen.[5]

Genehmigung des Erblassers im Stande voller Freiheit beseitigt die Anfechtbarkeit der erzwungenen Verfügung.[6]

§ 81. Maßnahmen gegen Erbschleicherei.

Wo testamentarische Verfügungen die gesellschaftliche Regel sind, da stellt sich auch die Erbschleicherei in feineren und gröberen Formen unfehlbar ein. Die Gesetzgebung vermag auch dagegen nur wenig. Einige besonders gehässige Arten sind jedoch verpönt.

1. Der Schreiber der Testamentsurkunde kann seine Stellung leicht mißbrauchen, um dem halb widerwilligen Testator Zuwendungen abzuringen. Daher droht in Folge des S. C. Libonianum[1] dem Schreiber eines Testamentes oder Kodicilles, sofern er nicht einziger Intestaterbe des Erblassers war, die Strafe der *Fälschung*, wenn er sich oder den mit ihm durch Gewalt Verbundenen eine Zuwendung zuschrieb, und die Jurisprudenz behandelte sie als *ungültig*, wie nicht ge-

5) Wie eine erzwungene Erbeseinsetzung zu behandeln sei, ist sehr bestritten. a) Viele halten sie für nichtig, so neuerdings Arndts § 491 Anm. 2. Das steht aber in Widerspruch mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes über Zwang, von welchen bezüglich der Testamente keine Ausnahme bezeugt ist. Denn daß ein Testament nichtig ist, wenn einer der Zeugen mit Gewalt zurückgehalten war — l. 20 § 10 D. qui test. facere possunt 28, 1 —, ist etwas Anderes; dann fehlt es an der nöthigen Form. Auch handelt es sich dabei um absoluten Zwang, nicht um einen bloß kompulsiven, von dem hier allein die Rede ist. Zudem wäre eine derartige Nichtigkeit auch praktisch bedenklich. b) Schloßmann, L. v. Zwang S. 48 betrachtet umgekehrt das erzwungene Testament als „schlechthin gültig". Es genüge, daß es der Erblasser widerrufen könne und daß jede Abhaltung vom Widerruf verpönt sei. Auf dem Sterbebette wäre also der Erblasser vogelfrei, wenn ihm nicht mehr möglich wäre, das Erzwungene zu ändern. c) Bangerow will die actio und exceptio quod metus causa anwenden, nimmt also Anfechtbarkeit an, ähnlich auch Windscheid Bd. 3 § 548 Anm. 2. Aber die Anfechtung mit diesen Rechtsmitteln hat nur der Gezwungene und sein Erbe. Das ist hier der Zwingende selbst. d) Wer durch ein erzwungenes Testament zur Erbschaft berufen ist, verliert dieselbe wegen Indignität. S. die früheren Auflagen dieses Werks. e) Lenel hat in der Savigny-Zeitschrift rom. Abth. Bd. 10 S. 71 dargelegt, daß der Prätor unter der Rubrik „quibus bonorum possessio non competit" ein Edikt mit der Rubrik des Titels 29, 6 erließ: si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit, daß er also die ediktmäßige bonorum possessio für den Fall eines erzwungenen Testaments versagte, und zwar nicht bloß dem Zwingenden, sondern auch Dritten, zu deren Gunsten der Zwang ausgeübt war. Die bonorum possessio wurde daher Anderen deferirt, wie wenn jenes Testament nicht da wäre und diese wurden gegen den in demselben ernannten Erben geschützt.

6) Windscheid Bd. 3 § 548 Anm. 5 bemerkt, wer absolute Nichtigkeit annimmt, muß „ein neues Testament verlangen".

1) Tit. Dig. de lege Cornelia de falsis et de senatus consulto Liboniano 48, 10. Cod. de his, qui sibi adscribunt in testamento 9, 23. Keller, Institutionen S. 361.

schrieben.[2] Specielle eigenhändige Bestätigung des Erblassers macht sie jedoch straffrei und gültig.

Die Strafbestimmung ist antiquirt, die Ungültigkeit aber ist praktischen Rechtens. Sie betrifft auch Richter und Gerichtsschreiber bei der Niederschrift mündlicher gerichtlicher Testamente.

2. Für nichtig wurden durch Senatuskonsulte ferner kaptatorische Zuwendungen erklärt, d. h. solche, die an die Bedingung geknüpft sind, daß der Honorirte seinerseits den Testator oder einen anderen von ihm Bezeichneten honoriren werde.[3]

Der Testator spekulirt hier auf das Versterben des von ihm Honorirten vor ihm und hofft dessen Erbschaft an sich zu bringen, indem er ihm den Köder einer Zuwendung in seinem Testamente vorhält.

Die kaptirte Verfügung ist gültig.

III. Nebenbestimmungen bei letztwilligen Verfügungen.

§ 82. Allgemeines. Die aufschiebende Bedingung.

Erbeseinsetzungen lassen zahlreiche Nebenbestimmungen nicht zu. Insbesondere sind unzulässig und werden wie nicht zugefügt angesehen zeitliche Beschränkungen[1] und auflösende Bedingungen,[2] weil sie mit der Regel semel heres semper heres nicht verträglich sind. Man wird jedoch die Zufügung eines Endtermines oder einer Resolutivbedingung heutzutage der Absicht des Testators entsprechend regelrecht als Anordnung eines Universalfideikommisses aufzufassen haben.[3] Suspensiv bedingte Erbeseinsetzungen sind gültig.

---

2) l. 1 pr. D. de his, quae pro non scriptis 34, 8.

3) l. 71, l. 72 D. de heredibus inst. 28, 5.

1) l. 34 D. de hered. inst. 28, 5, § 9 J. de hered. inst. 2, 14. Heres et pure et sub condicione institui potest; ex certo tempore aut ad certum tempus non potest, veluti „post quinquennium quam moriar“ vel „ex Kalendis illis“ vel „usque ad Kalendas illas heres esto“. Diemque adjectum haberi pro supervacuo placet et perinde esse ac si pure heres institutus esset. Vgl. freilich l. 23 pro D. de her. inst. 28, 5. Wenig befriedigend ist der Erklärungsversuch von Leist bei Glück, Bücher 37 u. 38 Bd. 4 S. 289.

2) arg. l. 89 D. de hered. inst. 28, 5, l. 17 § 4 D. de testamento mil. 29, 1. Mehrere vertheidigten die Ansicht, die Erbeseinsetzungen zugefügte Resolutivbedingung sei in die entgegengesetzte Suspensivbedingung zu verwandeln. Dies widerspricht aber der Absicht des Testators, welcher dem unter Resolutivbedingung eingesetzten Erben den Nachlaß sofort und unmittelbar zuwenden will, und entspricht auch nicht den Quellen. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 434 Anm. 1 S. 105 und dort Citirte.

3) So Windscheid Bd. 3 § 554 Anm. 19. Dem römischen Recht war diese Auffassung noch fremd.

Solange die aufschiebende Bedingung einer Erbeseinsetzung schwebt, ist Niemand berufen. Die Berufung des bedingt Eingesetzten nämlich erfolgt natürlich erst mit Eintritt der Bedingung, welche er erleben muß, damit er erwerben kann. Inzwischen sind auch die Intestaterben ausgeschlossen. Denn an sie ergeht erst dann eine Berufung, wenn es gewiß ist, daß Niemand aus dem Testamente Erbe werden kann.[4]

Der Prätor gab inzwischen bedingt ernannten Testamentserben gegen Kaution provisorischen Erbschaftsbesitz.[5] Dies ist nicht mehr in Gebrauch. Vielmehr wird der ruhenden Erbschaft ein Kurator bestellt, namentlich auch auf Anstehen der Erbschaftsgläubiger, welche der Kurator zu befriedigen hat.[6]

Bei Vermächtnissen sind suspensive und resolutive Bedingungen, Anfangs- und Endtermine gültig.[7]

§ 83. Favorable Behandlung der Bedingungen letztwilliger Verfügungen.

Vielfach werden suspensiv bedingte letztwillige Verfügungen wirksam, trotzdem es zur Erfüllung der Bedingung noch nicht kam oder überhaupt nicht kommen kann.

Ein Hauptgrund für diese auffallende Erscheinung liegt darin, daß durch das Setzen der Bedingung ein Druck auf den Honorirten zum Zweck einer Handlung oder Unterlassung desselben ausgeübt werden soll. Dieser Druck führt aber, wenn man die Verfügung logisch und nach ihrem Wortlaute auslegt, oft weiter, als es in der Intention des Erblassers lag.

1. Wenn eine Handlung zur Bedingung gesetzt ist, deren Vollzug die Mitwirkung eines dabei interessirten Dritten fordert, z. B. die Verheirathung mit demselben, und wenn zwar der bedingt Honorirte zur Handlung bereit ist, aber der Dritte sich der Mitwirkung

4) l. 3, l. 39, l. 69 D. de a. vel o. her. 29, 2, l. 60 § 6 D. de her. inst. 28, 5. Auch Substituten und Miterben sind ausgeschlossen, solange die Bedingung der Einsetzung des Instituten beziehungsweise des Miterben schwebt.

5) l. 23 pr. D. de her. inst. 28, 5, l. 12 D. qui satisdare cog. 2, 8.

6) Schon in Rom half man sich in solcher Weise je nach Bedürfniß, l. 23 § 3 D. de hered. inst. 28, 5. Im heutigen Rechte kommt die provisorische Mission des bedingten Erben nicht vor, vgl. Leist bei Glück bon. poss. Bd. 4 S. 293. Konkursmäßige Behandlung ist nach der K.O. § 203 nur im Falle der Ueberschuldung des Nachlasses möglich. Insoweit ist l. 23 § 2 D. de hered. inst. 28, 5 antiquirt.

7) Bis Justinian waren auch Vermächtnisse „ad tempus relicta“ ungültig, l. 26 C. de legatis 6, 37. Vgl. Hofmann, krit. Studien S. 138.

weigert, ist die Bedingung ihrem Wortlaute nach ausgefallen; dennoch gilt sie, wie bereits früher ausgeführt wurde, in der Regel als erfüllt, da man unterstellt, daß dies der Intention des Erblassers entsprechen würde, wenn er diesen Fall in das Auge gefaßt hätte.[1]

2. In Rom war die Bedingung häufig, wonach der Honorirte zu schwören hatte etwas zu thun oder zu unterlassen. Dabei handelte es sich oft um gesetzlich Verbotenes, in welchem Falle man den Prätor um Remission des Schwures anging.

Später aber *remittirte das prätorische Edikt die Bedingung des Eides* ein für allemal, behielt aber vor, den Inhalt dessen, was beschworen werden sollte, wie einen Modus zu erzwingen, wenn es sich nicht um gesetzlich Verbotenes oder Unsittliches handelte.[2]

3. Zuwendungen unter *negativen Potestativbedingungen*, welchen der Honorirte, *solange er lebt, zuwiderhandeln kann*, sind nahezu vergebliche, da es sich erst mit dem Sterben des Honorirten entscheidet, daß die Bedingung erfüllt sei. Es gehört dahin die Bedingung, nicht wieder zu heirathen. Auf Grund der Autorität von Q. Mucius Scävola nahm man an, daß solche Bedingungen dadurch erfüllt wurden, daß der bedingt Honorirte eine *Kaution* stellte, wodurch er Herausgabe für den Fall der Zuwiderhandlung versprach. Das bezieht sich regelrecht nur auf *Bedingungen, die sich erst mit dem Tode des Honorirten entscheiden können*.[3] Die Kaution ist

1) Oben Bd. 1 § 110.

2) Vgl. l. 8 D. de condit. instit. 28, 7. Dieses Edikt bestand zur Zeit der Verrinen noch *nicht*. Denn in dem in Verrem, II 1 cap. 47 § 123 und 124 besprochenen Falle mußten die Erben den Prätor noch speciell um Erlaß eines Eides angehen, welcher etwas gesetzlich Verbotenes erzwingen sollte, während das Edikt die Bedingung eines jeden Eides ein für allemal erläßt. Aber auch Neratius scheint es noch nicht gekannt zu haben. l. 97 D. de cond. 35, 1. Jedenfalls war es zur Zeit Julians in Kraft. l. 12 § 2 D. de manumissis test. 40, 4.

3) Die cautio Muciana wurde für Legate unter negativen Bedingungen aufgestellt, welche „morte legatariorum finiuntur", l. 73 D. de cond. et dem. 35, 1. Sie griff daher nicht Platz, wenn dem Legatar unter der Bedingung vermacht war, etwas mit einem gewissen Dritten nicht vorzunehmen, z. B. denselben nicht zu heirathen. Denn eine solche Bedingung kann sich sehr wohl zur Zeit des Lebens des *Legatars* verwirklichen, nämlich durch den Tod jenes bestimmten Dritten. l. 106 D. de cond. 35, 1. Ausnahmsweise erwarb der Legatar aber auch in solchem Fall das Legat sofort gegen Leistung der Kaution, wenn es offenbar gegen die Meinung und die Zwecke des Testators wäre; daß der Legatar das Legat gerade beim Tode jener bestimmten Person erhalten solle. So in den Fällen der l. 72 pr. § 1 D. eod. Aus Gründen der Moral und der öffentlichen Sicherheit gab man ferner bei der Bedingung „si Stichum non manumisit" dem Legatar den Anspruch auf sofortige Auszahlung gegen Stellung der cautio, da sonst eine schwere Gefährdung des Lebens des Sklaven offenbar eingetreten wäre. l. 7 pr., l. 67 D. de cond. 35, 1. Ueber die verschiedenen Ansichten siehe Bangerow Bd. 2 § 435 S. 126. — Die cautio Muciana, ursprünglich für Legate eingeführt, wurde später auch bei Erbeseinsetzungen zugelassen. l. 7 pr. D. de cond. 35, 1.

denen zu stellen, welchen das bedingt Zugewendete verblieben oder zugewendet wäre, wenn das Ausfallen der Bedingung von vornherein festgestanden hätte.[4]

4. Letztwillige Zuwendungen unter unmöglichen oder unsittlichen Bedingungen werden wie unbedingte behandelt. Die Bedingung gilt als nicht zugefügt. Dies war die Ansicht der Sabinianer, welche in das justinianische Recht überging, während die Prokulianer die Zuwendung als nichtig ansahen.[5]

§ 84. Der Modus bei letztwilligen Verfügungen.

Der Erblasser kann Anordnungen über das treffen, was nach seinem Tode geschehen oder unterbleiben soll, ohne sie zu Bedingungen seiner Zuwendung zu erheben. Sie haben einen sehr verschiedenen rechtlichen Charakter.

a) Sie können sich als bloße Wünsche und Rathschläge ohne rechtliche Verbindungskraft — nuda praecepta — darstellen, z. B. wenn der Erblasser seinem Kinde in seinem letzten Willen einen gewissen Beruf empfiehlt.[1]

b) Sie bilden Vermächtnisse, wenn sie pekuniäre Vortheile Dritter bezwecken, und begründen dann die Vermächtnißklage,[2] z. B. der Erblasser legt dem Erben auf, einem Miether, solange er lebt, die Miethwohnung im Hause des Erblassers nicht zu kündigen.

---

4) Nach klassischem römischen Rechte hatten die Intestaterben keinen Anspruch auf die cautio, wenn einem testamentarischen Erben ex asse eine negative Potestativbedingung aufgelegt war; es wurde vielmehr die Bedingung als unmöglich erklärt, weil Niemand da war, dem kavirt werden konnte. l. 4 § 1 D. de cond. instit. 28, 7; vgl. freilich Arndts Schriften Bd. III S. 151. Die nov. 22 cap. 4 bestimmte aber bezüglich der Bedingung des Nichtwiederverheirathens, daß auch die Intestaterben kautionsberechtigt seien. Hierin ist nicht eine Singularität zu finden, sondern die Manifestation einer veränderten Rechtsanschauung, welche jetzt allgemein maßgebend sein muß, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 395.

5) Gajus Inst. III § 98, § 10 J. de her. inst. 2, 14, l. 3, l. 6 D. de condit. et dem. 35, 1. Vgl. Hofmann, kritische Studien S. 14. Der Satz scheint aus sehr alter Zeit zu stammen. Hofmann a. a. O. nimmt an, daß ihn die Prokulianer nur für Legate, nicht für Erbeseinsetzungen in Frage stellten. Wie er sich erkläre, darüber gehen die Ansichten sehr auseinander. Entweder kannte der Erblasser die Unmöglichkeit, dann ist die ganze Sache auf eine Verhöhnung des Eingesetzten angelegt, und es wurde der Zusatz gestrichen, um diesem für die Injurie eine Satisfaktion zu geben, so Hofmann a. a. O., l. 14 D. de cond. inst. 28, 7. Oder der Erblasser kannte die Unmöglichkeit nicht. Dann ist es nicht unwahrscheinlich, daß er selbst, wenn er die Sachlage gekannt, die Bedingung gestrichen hätte, namentlich wenn er durch sie nur einen Druck zu einer Handlung oder Unterlassung des Honorirten ausüben wollte.

1) Vgl. l. 5 § 8 D. de adm. tut. 26, 7, l. 71 pr. D. de cond. 35, 1, neuestens Pernice Labeo Bd. 3 S. 1 ff.

2) l. 2 C. de his quae sub modo 6, 45. Pfaff und Hofmann, Exkurse über das östr. b. Recht Bd. 2 S. 326.

c) In anderen Fällen gestalten sie sich zum Modus, wenn sie nicht bedingend sind und doch den Honorirten rechtlich verbinden sollen.[3] Dahin sind zu rechnen Anordnungen, welche die Person und das Gedächtniß des Erblassers betreffen, z. B. Bestimmungen über seine Briefschaften oder Manuskripte, oder welche für Dritte, z. B. das Publikum, von Wichtigkeit sind, etwa Oeffentlichkeit seiner Gemäldegalerie anordnen. Aber auch Anordnungen im Interesse des Honorirten selbst sind keineswegs immer, wie Manche behaupten, bloß unverbindliche Rathschläge. Oft nimmt der Erblasser an ihnen ein selbständiges Interesse und erhebt sie zu Befehlen.[4]

Für die Ausführung des Modus haben die Erben besorgt zu sein, welche gerade auch in dieser Hinsicht den Erblasser vertreten.

Ist der Modus einem Legatar auferlegt, so haben die Erben das Legat nur gegen Sicherstellung für Ausführung des Modus auszuzahlen, können auch auf dieselbe klagen. Miterben können gegen einander auf Vollziehung bestehen, wenn der Modus allen oder einem der Erben auferlegt ist, insbesondere dient die Theilungsklage zur Regulirung.[5] Ist der Modus freilich einem Alleinerben aufgelegt, so fehlt es im römischen Rechte an einer zur Betreibung legitimirten Person.

Doch kann die Obrigkeit interveniren, wenn ein öffentliches Interesse vorliegt.[6]

3) Letztwillige Anordnungen, die nicht bestimmte Zuwendungen enthielten, konnten ursprünglich in Rom nur in der Form der Bedingung festgemacht werden. Sonst hatten sie wohl Autorität, aber keine Verbindungskraft. Allein in der Kaiserzeit ging das Bestreben dahin, in den Fällen, in welchen der Erblasser nicht bloß rathen, sondern befehlen wollte, die Auflage auch rechtlich zu erzwingen, soweit dies mit Sittlichkeit und öffentlichen Interessen vereinbar war. l. 17 § 4 D. de cond. et dem. 35, 1. Dies spricht sich am entschiedensten in dem Schlußsatze der l. 7 D. de annuis legatis 33, 1 aus, wo im Anschlusse an die Verfügung des Erblassers, daß seine Kinder bei ihrer Mutter erzogen werden sollen, bemerkt wird: et in omnibus ubi auctoritas sola testatoris et neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est. sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci. Nimmt man an, was sehr wahrscheinlich ist, daß die letzten Worte von den Kompilatoren herrühren, so ergiebt sich gerade hieraus um so bestimmter die Absicht der justinianischen Kompilation.

4) Dieser Punkt ist besonders streitig. Anordnungen im Interesse der Honorirten selbst werden mehrfach als Beispiele für nuda praecepta erwähnt, l. 71 pr. D. h. t. de cond. 35, 1, l. 114 § 14 D. de leg. I. Wo aber der Erblasser nicht bloß rathen, sondern befehlen wollte, weil er mit der im Interesse des Honorirten getroffenen Bestimmung zugleich ein eigenes ideales Interesse verfolgte, da greift nach l. 7 D. de annuis leg. — oben Anm. 3 — dennoch rechtlicher Zwang ein. Es ist dies unter anderem auch anzunehmen, wenn der Testator verfügt hat, daß die Nutzungen der Erbschaft zum Unterhalte des Erben verwendet und daß dieselbe dem Zugriffe der Gläubiger desselben entzogen sein soll. Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 43, anders Bd. 32 n. 155. Vgl. freilich R.G. Bd. 16 S. 185, hierüber unten § 126.

5) l. 18 § 2 D. familiae erciscundae 10, 2.

6) l. 50 § 1 D. de her. pet. 5, 3.

Heutzutage kann der Erblaſſer einen Teſtamentsexekutor beſtellen, welcher für die Vollziehung des Modus zu ſorgen hat.[7]

Viertes Kapitel.

Die Erbeseinſetzung.

I. Die Erbeseinſetzung im Allgemeinen.

§ 85. Die Erforderniſſe der Erbeseinſetzung.

Teſtamentserbe iſt, wen der Erblaſſer zu ſeinem unmittelbaren Univerſalſucceſſor ernennt.[1]

1. Die techniſche Bedeutung der Bezeichnung als Erbe iſt dem Laien wenig geläufig. Ihm erſcheint die Redewendung „ich vermache dem X" oder: „X ſoll erben" als gleichbedeutend. Bei der Auslegung der Teſtamente iſt folglich für die Frage, ob ein Honorirter Erbe iſt, weniger auf dieſe Ausdrücke, als auf den Sinn Gewicht zu legen, der aus der Verfügung im Ganzen ſpricht.[2]

2. Gültig eingeſetzt werden können nur Erbfähige; die Erbſchaft erwerben nur Erwerbfähige — capaces.

Gemeinrechtlich ſind alle Perſonen erbfähig.[3] Nur was nicht Perſon iſt noch werden kann, iſt nicht einſetzungsfähig, alſo z. B. Thiere oder verbotene Vereine.

Zahlreiche Klaſſen von Perſonen waren in Rom erwerbunfähig — incapaces. In der klaſſiſchen Kaiſerzeit war dies vielfach aus ſocialpolitiſchen und aus fiskaliſchen Gründen beſtimmt.

Insbeſondere waren nach der lex Papia Poppaea die caelibes und orbi, d. h. wer nicht wie das Geſetz verlangte, verheirathet und im Beſitze von Kindern war, theils ganz, theils halb unfähig, aus Teſtamenten Fremder zu erwerben. Das ungültig Hinterlaſſene — das caducum — fiel in erſter Linie anderen im Teſtamente zu Erben

---

7) Vgl. unten § 125.

1) Siehe oben § 66.

2) Windſcheid Bd. 3 § 546 Anm. 8 und dort Citirte.

3) Siehe oben § 59.

ernannten Perſonen, welche Kinder hatten, in zweiter Linie dem Fiskus anheim.[4]

Die politiſchen und fiskaliſchen Inkapacitätsgründe und die Lehre vom caducum überhaupt[5][6] ſind im juſtinianiſchen Rechte beſeitigt.

Das geltende Recht kennt nur Fälle beſchränkter Kapacität aus familienrechtlichen Gründen:

a) Wer eine neue Ehe eingeht, während er aus ſeiner früheren Deſcendenten hat — der parens binubus — darf dem neuen Ehegatten weder von Todeswegen noch durch Liberalitäten unter Lebenden mehr zuwenden als dem mindeſt bedachten — nicht undankbaren — Kinde, beziehungsweiſe Kindesſtamme, früherer Ehe. Für die Bemeſſung iſt die Zeit des Todes des binubus maßgebend.

Das zuviel Zugewendete wird unter die Kinder — beziehungsweiſe den Kindesſtamm — der früheren Ehe gleich vertheilt.[7]

b) Wer legitime Deſcendenz hinterläßt, kann ſeinen unehelichen Kindern und deren Mutter zuſammen nicht mehr von Todeswegen oder durch Liberalitäten unter Lebenden vermachen als ein Zwölftel ſeines Nachlaſſes. Juſtinian beſtimmte dies für Fälle des Konkubinats,[8] die Praxis wendet es auf alle unehelichen Verhältniſſe überhaupt an.[9] Das zuviel Vergebene fällt an die legitimen Erben des Erblaſſers.

§ 86. Ernennung von Miterben.[1]

Der Erblaſſer kann beliebig viele Erben ernennen, die ſich in den Nachlaß zu theilen haben.

In Rom legten Erblaſſer und Juriſten bei der Bemeſſung der Theile gewohnheitsmäßig die Uncialrechnung, demnach das Duodecimalſyſtem, zu Grunde. Der gemeinſame Nenner war alſo regelrecht das Zwölftel — die uncia.[2] Bei den Neueren beſteht ein feſter Gebrauch

4) G. Hartmann, Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte Bd. 5 S. 219.

5) Ueber andere Kaducitätsfälle vgl. unten § 93.

6) l. un. C. de caducis tollendis 6, 51.

7) l. 6 C. de secundis nuptiis 5, 9, nov. 22 cap. 27 und 28. Die zuweilen vertheidigte Anſicht, daß das zu viel Hinterlaſſene unter die Deſcendenten und den überlebenden Ehegatten zu theilen ſei, iſt zwar rationell, entſpricht aber nicht den Quellen. Vangerow Bd. 1 zu § 227 Anm. 1 I. b.

8) Nov. 89 cap. 12. Der Konkubine allein konnte in dem Fall nur $^1/_{24}$ der Erbſchaft zugewendet werden.

9) So R.G. Bd. 8 S. 119. Dort findet ſich die Litteratur der Frage.

1) Tit. Inst. de heredibus inst. 2, 14 Dig. 28, 5.

2) l. 5 J. h. t. 2, 14. Hereditas plerumque dividitur in XII uncias, quae assis appellatione continentur: habent autem et hae partes propria nomina ab

nicht, sie wählen beliebige Theile nach Ermessen und Willkür, namentlich auch aus dem Decimalsystem, z. B. ein Fünftel.

Der Erblasser kann den Miterben ausdrücklich Theile zuweisen — heredes cum partibus scripti; er kann auch von einer besonderen Zuweisung von Theilen absehen — heredes sine partibus scripti. Theile müssen aber auch solche Erben erhalten, sonst sind sie nicht Erben.

Fehlt es an einer ausdrücklichen Vertheilung oder ist sie inkorrekt, so muß die Jurisprudenz die Theile im vermuthlichen Sinne des Testators feststellen.

1. Erben sine partibus gelten in der Regel als zu gleichen Theilen ernannt.[3]

Die Absicht ungleicher Vertheilung kann aber durch Verbindung — conjunctio — erklärt sein.

Die Verbindung kann sein:

a) bloß sachliche — re tantum conjunctio —, wenn mehrere Erben auf dieselbe Portion, aber in verschiedenen Sätzen eingesetzt sind, z. B.: A. soll Erbe zur Hälfte sein, mit ihm seine Frau B., der C. soll dagegen die andere Hälfte haben.

b) sachliche und zugleich sprachliche — re et verbis conjunctio —, wenn nämlich mehrere Erben in demselben Satze auf dieselbe Portion eingesetzt sind, z. B. A. und B. sollen zusammen die eine Hälfte meines Nachlasses haben, und C. die andere, oder: meine Erben sollen sein 1. A. und B. und 2. der C.[4]

c) bloß sprachliche — verbis tantum conjunctio —, wenn mehrere Erben in einem Satze genannt sind, ohne daß doch die Verbindung als sachliche erscheint, z. B. A. und B. sollen meine Erben sein, ebenso auch der C.

Sind mehrere Erben auf dieselbe Portion berufen, so gelten

---

uncia usque ad assem ut puta haec: sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx, as.

3) § 6 J. h. t. 2, 14, l. 9 § 12 D. h. t. 28, 5. Selbst für den Fall gilt dies in der Regel, daß der Erblasser den Erben auf ihren Erbtheil einzelne Objekte verschiedenen Werthes oder verschiedene Theile an bestimmten einzelnen Objekten zugewiesen hat. Siehe unten § 87 Ziff. 2. l. 9 § 13, l. 10, l. 35 pr. §§ 1 und 2 D. h. t. 28, 5.

4) l. 142 D. de V. S. 50, 16. Paulus libro 6 ad legem Juliam et Papiam: Triplici modo conjunctio intellegitur: aut enim re per se conjunctio contingit aut re et verbis aut verbis tantum nec dubium est, quod conjuncti sunt, quos et nominum et rei complexus jungit veluti „Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto“ vel ita „Titius Maeviusque heredes sunto“ . . .

sie den übrigen Erben gegenüber wie *Eins* und erhalten bloß Theile dieser Portion.

Andererseits haben sie auch ein vorzugsweises Anwachsungsrecht, wenn einer der mit ihnen Zusammengerufenen wegfällt.

Es macht keinen Unterschied, ob die Miterben bloß *sachlich*, oder ob sie *sachlich und sprachlich* zusammen berufen sind.

Dagegen liegt auf der Hand, daß die *bloß sprachliche Verbindung* nur eine Zufälligkeit ist, welche auf den Theilungsmodus keinen Einfluß haben kann.

Nur ist zu beachten, daß die Römer, welche weit raffinirter bei der Abfassung ihrer Testamente zu Werke gingen als die Neueren und die ihre Sprache mehr als Kunstprodukt ausbildeten, auch in geringen Sprachnüancen Absicht fanden, daher leichter aus der sprachlichen Verbindung eine sachliche folgerten, als in Deutschland zulässig ist.[5]

Hat der Erblasser seine nächsten *Intestaterben* zu Erben eingesetzt, so wird die Regel gleicher Vertheilung gleichfalls regelmäßig nicht Platz greifen, sondern nach der zu vermuthenden Absicht des Erblassers der *Maßstab der Intestaterbfolge*.

2. Ist eine Vertheilung durch den Erblasser zwar geschehen, aber inkorrekt, so sind verschiedene Fälle zu unterscheiden:[6]

a) Er hat allen Erben Theile zugeschrieben, diese *erschöpfen aber das Ganze des Nachlasses nicht*. Dann wachsen die Theile nach reinem römischen Rechte verhältnißmäßig, bis das Ganze vertheilt ist.

Nach heutigem Rechte kann dies nur dann gelten, wenn nicht er-

---

5) Die Römer fanden eine re et verbis conjunctio bereits in Folgendem: l. 60 § 2 D. h. t. 28, 5. Celsus libro 16 Digestorum. „Titius heres esto: Sejus et Maevius heredes sunto.“ verum est, quod Proculo placet duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur. Sollte eine bloße verbis conjunctio angenommen werden, so bedurfte es bei solcher Wortverbindung eines Zusatzes, welcher diese Absicht markirte, l. 13 pr. D. h. t. Ulpianus libro 17 ad Sabinum: Interdum haec adjectio „aeque heredes sunto“ testatoris voluntatem exprimit ut puta „Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto“: nam haec adjectio declarat omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scripsit, qua detracta semissem fratis filii, semissem Primus haberet. Derartige Feinheiten sind dem Sprachgebrauche heutiger Erblasser fremd. Wurde im Testament also bestimmt: „ich berufe den A. und B. zu meinen Erben, ferner den C.“, so ist hieraus derzeit eine *sachliche* Verbindung des A. und B. auf eine Portion *nicht* zu entnehmen. Ebensowenig wenn bestimmt würde: meine Brüder und X. sollen meine Erben sein. Nur für das römische, nicht aber für das heutige Recht ist der häufig — z. B. von Vangerow Bd. 2 § 449 S. 168 — gelehrte Satz richtig: Wenn einige Erben unter einem Kollektivnamen verbunden sind, so erhalten die so verbundenen *nur einen* Theil.

6) § 7 J. de her. inst. 2, 14, l. 13 § 2 und 8 D. de hered. inst. 28, 5, l. 8 C. de testamento militis 6, 21.

sichtlich der Rest den Intestaterben zugewendet werden sollte, die dann als stillschweigend ernannt anzusehen sind.

b) Uebersteigen die zugewiesenen Theile das Ganze, so tritt in der Regel verhältnißmäßige Reduktion aller Erbtheile ein.[7] Dies leidet dann eine Ausnahme, wenn offenbar durch die späteren Ernennungen die früheren in soweit aufgehoben werden sollen, als der Betrag der ersteren reicht.[8]

c) Hat der Erblasser einigen seiner Erben ausdrücklich Theile zugewiesen, den anderen aber nicht, so erhalten die letzteren den nichtvertheilten Rest.

Es ist aber denkbar, daß der Erblasser unter die heredes cum partibus bereits den „as" vertheilt hat, ja ihn überschwerte, und doch noch weitere Erben ohne bestimmte Theile ernannte. Dann gilt, um den heredes sine partibus Raum zu schaffen, die Regel: ex asse fit dupondium; es wird also die Erbschaft zu 24 Uncien gerechnet. Modern ausgedrückt heißt dies, die Theile der heredes cum partibus werden auf die Hälfte reducirt und die heredes sine partibus erhalten die hierdurch frei gewordenen Portionen.

Sollten aber gar die den Erben cum partibus zugewiesenen Theile bereits ein dupondium überschreiten, und doch noch Erben ohne bestimmte Theile ernannt sein, so wird ein tripondium zur Rechnungsgrundlage gemacht. Man rechnet demnach so, als ergäbe die Erbschaft 36 Uncien, mit anderen Worten, die Theile der heredes cum partibus werden auf ihr Drittel reducirt. Hierdurch werden für die heredes sine partibus Theile gewonnen.[9] [10]

§ 87. Erbeseinsetzung auf Einzelobjekte.[1]

Es kann geschehen, daß der Erblasser Jemanden zum Erben auf Einzelobjekte ernennt; das ist der heres ex re certa. Z. B.

---

7) § 7 in fine J. de her. inst. 2, 14, l. 13 §§ 4—7 D. h. t. 28, 5.

8) Hat insbesondere der Erblasser Jemanden auf „seinen ganzen Nachlaß" eingesetzt und dann noch Erben zu bestimmten Theilen berufen, so ist anzunehmen, daß mit den späteren Dispositionen die erste theilweise zurückgenommen sei, so daß der auf das Ganze Eingesetzte doch nur den Rest bekommt, gerade so, wie wenn er sine parte instituirt wäre, l. 23 pr. C. de legatis 7, 37. Vgl. übrigens Schrader, civ. Abhandl. n. 4, andererseits Bangerow Bd. 2 § 449 Anm. 3 S. 163.

9) § 6 J. de hered. inst. 2, 14, l. 17 §§ 3—5, l. 18 D. de hered. inst. 28, 5.

10) Ist Jemand freilich ausdrücklich auf den „überbleibenden" Theil eingesetzt und bleibt kein Theil übrig, so erhält er nichts, l. 17 § 3, l. 79 § 3, l. 80 D. de her. inst. 28, 5.

1) Das Hauptwerk ist von Reuner: die heredis institutio ex re certa 1853.

A. soll mein Erbe sein „auf mein Grundstück", oder „auf 10,000 Mark".

Rechtlich Unvereinbares ist hier zusammengekoppelt. Denn Erbe sein heißt Universalsuccessor des Erblassers, also Herr seines Gesammtvermögens werden. Was soll daneben die Erwähnung der res certa? Ist sie bloß Hervorhebung des erheblichsten Bestandtheiles des Nachlasses, so ist sie überflüssig. Soll darin eine Beschränkung des Erben liegen, so enthält sie einen juristischen und logischen Widersinn.[2]

Als den Römern derartiges vorkam, erklärten sie, daß der Eingesetzte doch trotz des Zusatzes Erbe sei. Insofern wird der Zusatz wie nicht vorhanden betrachtet.[3]

Falls aber in dem Zusatz indirekt eine Verfügung des Erblassers zu Gunsten Dritter lag, die sich insbesondere nach den Grundsätzen der Fideikommisse erhalten ließ, bekam er doch wieder eine rechtliche Bedeutung, und zwar nach Verschiedenheit der Fälle eine sehr verschiedene.

1. Ein *einziger* Erbe ist eingesetzt, und zwar auf eine bestimmte Sache. Er gilt trotzdem als normaler Erbe.[4]

Der Zusatz ist unjuristisch und unverständlich und ohne jede Folge, wenn er nicht zu Gunsten bestimmter Dritter gemacht ist.

Enthält er aber eine Beschränkung des eingesetzten Erben zu Gunsten Dritter, was aus dem Verhältnisse zu früheren Dispositionen des Erblassers oder auch sonst erhellen kann, so liegt darin indirekt die Anordnung eines Universalfideikommisses für jene Dritte,[5] so daß der

---

Dort findet sich die ältere Litteratur. Neuere Abhandlungen sind: Padeletti, d. L. v. d. Erbeinsetzung ex re certa 1870; Kuntze, über die Erbeinsetzung ex re certa auf bestimmte Nachlaßstücke 1875; Schwing, z. L. von der heredis institutio ex re certa 1875. Vgl. noch Vangerow Bd. 2 § 449 Anm. 2, Brinz Bd. 3 S. 78.

2) Dies leugnet freilich Kuntze a. a. O. Nach ihm ist die heredis institutio ex re certa die normale römische Erbeinsetzung der Urzeit, welche erst allmählich durch das System abstrakter Erbeinsetzung verdrängt wurde. Mit Recht haben sich gegen diese Auffassung alle Späteren erklärt, neuerdings Hofmann, kritische Studien S. 152. Den Römern war das Primitive die Repräsentation des Erblassers und des Hauses.

3) Die Aufrechterhaltung der Erbenqualität „detracta rei mentione" geht meines Ermessens auf Sabinus zurück. l. 9 § 13 D. de hered. inst. 28, 5. Aquilius Gallus respondirte nach l. 75 D. de hered. inst. 28, 5 bezüglich eines Falles, in welchem der Erbe „excepto fundo" eingesetzt war. Das ist nach richtiger Ansicht keine heredis institutio ex re certa.

4) Ulpianus libro 1 ad Sabinum. l. 1 § 4 D. de her. inst. 28, 5: Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione.

5) l. 30 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Marcianus libro 4 institutionum: Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum

heres ex re certa hier doch nur die specielle Sache, beziehungsweise die Falcidische Quart behält.[6]

2. Der Erblasser hat mehrere Erben ernannt, und zwar jeden auf bestimmte Objekte.[7]

Sie alle sind rechte Erben. Und zwar gelten sie im Zweifel als zu gleichen Erbschaftstheilen eingesetzt, wonach sich ihre Verpflichtung

sublatum est, ut divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt, cujus constitutionis verba retuli, cum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt: „Imperatores Severus et Antoninus Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, jure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset, sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet" et hoc ita intellegendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum. Mit Recht nimmt Neuner an, daß in der Einsetzung des im zweiten Testamente ernannten Erben auf bestimmte Sachen in Verbindung mit der Thatsache, daß der Erblasser früher ein Testament mit richtiger Erbeseinsetzung gemacht hatte, die Absicht gefunden wurde, daß der neu Ernannte das Vermögen, abgesehen von den res certae, den Erben des ersten Testamentes zu erstatten habe, daß also die Einschränkung auf die res certae die „fideicommissaria verba" bildeten, auf die sich der Kaiser bezieht. Nur von diesem Standpunkte aus, welcher wohl gerechtfertigt ist, erhält die Stelle Schlüssigkeit und Zusammenhang, wird insbesondere der Schlußsatz verständlich. Die meisten Neueren unterstellen jedoch entgegen Neuner eine „besondere nicht angeführte" Verfügung des Erblassers, wodurch die im früheren Testamente eingesetzten Erben zu Universalfideikommissaren ernannt wurden. So Brinz a. a. O. S. 75 Anm. 17. Dann hätte es nicht der Mühe gelohnt, das Reskript zu citiren. Die Ausführung Marcians ist mit einigen Aenderungen wiederholt in § 3 J. p. m. t. inf. 2, 17. Vgl. noch R.G. Bd. 17 S. 123.

6) Neuner a. a. O. S. 95 nimmt an, daß der auf die res certa eingesetzte Erbe einerseits die Erbschaft an den Dritten als „stillschweigendes Universalfideikommiß" zu restituiren habe, andererseits aber aus der Erbschaft die res certa „als stillschweigendes Singularfideikommiß" zurückerhalte. Die Ansicht sei unzutreffend, daß der Erbe die ihm zugewiesene res certa „als Erbe" behalte. Denn wenn die hereditas zu restituiren sei, so sei hierin auch die res certa inbegriffen, weil der Rechtsbegriff sämmtliche Vermögensbestandtheile umfasse. Folglich habe mit der Restitution für den Fiduciar der bisherige Erbentitel auch auf die res certa aufgehört. Zwar bekomme er sie gleichwohl, dies erkläre sich aber dadurch, daß die res certa so behandelt werde, als ruhe ein Singularvermächtniß zu Gunsten des Fiduciars auf der Erbschaft. Durch Realisirung dieses Vermächtnisses erhalte der Fiduciar also zum zweiten Male die res certa und zwar jetzt titulo singulari. Dieser Rechtsvorgang vollziehe sich jedoch thatsächlich kurzweg durch Retention. Neuners Konstruktion wurde u. A. von Bangerow Bd. 2 § 449 Anm. 2 n. I adoptirt, siehe auch Dernburg im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 S. 309. Es hat jedoch Mandry im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 n. 5 mit guten Gründen ausgeführt, daß die Herausnahme einzelner Objekte mit der Anordnung einer Universalsuccession keineswegs unvereinbar sei. Dies ergiebt vor Allem das Vindikationslegat. Der Erbe behält in der That die res certa auf seinen Erbantheil, der Universalfideikommissar erwirbt das Gesammtvermögen, verkürzt durch Ausscheidung der res certa. Jedoch kann diese Ausscheidung den Erbschaftsgläubigern nicht entgegengestellt werden, wenn die Erbschaft insolvent ist oder durch sie insolvent wurde. Das Retinirte ist daher in gewissen Beziehungen wie ein Vermächtniß zu behandeln, wenn es auch solches nicht ist.

7) l. 35, l. 79 pr. D. h. t. 28, 5.

den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern gegenüber regelt.[8] Die Anweisung der bestimmten Sachen hat hier die Bedeutung, daß sie bei der Theilung der Erbschaft jedem der Erben auf seine Erbschaftsportion zuzuweisen sind. Ferner aber, daß sie, soweit sie bei einzelnen Erben ihre Erbschaftsportion übersteigen, Vorvermächtnisse bilden.

Dem Theilungsrichter liegt die Zuweisung und Adjudikation nach Anordnung des Erblassers ob.[9]

3. Es ist ein Erbe oder es sind einige richtig, und es ist einer oder es sind mehrere auf bestimmte Objekte eingesetzt.

Hier liegt die Absicht klar zu Tage, den Erben ex re certa auf die Einzelsache zu beschränken.

Das suchte Justinian möglichst direkt zu realisiren.[10]

Deshalb sollen die richtig eingesetzten Erben, wenn sie antreten, allein die Rechte und Pflichten der Erben haben; der heres ex re certa ist weder aktiv noch passiv an den Erbschaftsklagen betheiligt, er steht von Rechtswegen, wie wenn er die Erbschaft ex Trebelliano seinen Miterben restituirt hätte, und behält nur die zugewiesene Sache wie ein Legatar. Vom Erben hat er dann nur den Namen.[11]

Dagegen kommt seine Eigenschaft als Erbe zur vollen Geltung, wenn die neben ihm richtig eingesetzten Erben die Erbschaft nicht erwerben. Denn nur zu deren Gunsten war er beschränkt. Daher ist der heres ex re certa dann so Erbe, wie wenn er nicht bloß auf die bestimmte Sache ernannt wäre.

---

8) l. 10, l. 11, l. 9 § 13 D. de her. inst. 28, 5, oben § 86 Anm. 3.

9) Die Zuwendungen galten als Legate, da sie durch das judicium familiae erciscundae verwirklicht wurden, l. 35 § 1, l. 79 pr. D. h. t. 28, 5 und nicht als Fideikommisse extra ordinem durch die Magistrate.

10) Zu diesem Zweck hat Justinian in der berühmten und vielumstrittenen l. 13 C. de heredibus inst. 6, 24 verordnet: Quotiens certi quidem ex certa re scripti sunt heredes vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, quos legatariorum loco haberi certum est, alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutionem referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti vel conveniri decernimus, qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum certa re scriptorum fieri.

11) Selbst Anspruch auf quarta Trebelliana hat der heres ex re certa in diesem Falle nicht. Neuner a. a. O. S. 464; Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 157. A. M. Vangerow Bd. 2 § 449 S. 157.

II. Subſtitutionen.

§ 88. 1. Vulgarſubſtitution.

Subſtitution iſt letztwillige Ernennung eines Erſatzmannes für einen in erſter Linie ernannten Honorirten. Ihre Fälle und Wirkungen ſind derart verſchieden, daß eine konkretere gemeinſame Definition unmöglich iſt.

Subſtitutionen ſind zunächſt und im Zweifel Erbeseinſetzungen; doch auch bei Vermächtniſſen kamen ſie in Aufnahme.[1]

Gemeine oder Vulgarſubſtitution iſt die Ernennung eines Subſtituten zum Erben für den Fall, daß der zunächſt gewollte Erbe — der Inſtitut — nicht Erbe wird.[2] Da in Rom die Erblaſſer eifrigſt darauf bedacht waren, teſtamentariſch beerbt zu werden, ſo war dieſe Art der Subſtitution ganz gewöhnlich; daher der Name. Weitere Subſtitutionen konnten ſich beliebig anſchließen. Auch hiervon machte man in Rom reichlichen Gebrauch. In dem inſchriftlich erhaltenen Teſtamente des Daſumius finden ſich 6 Grade von Erben.[3]

Häufig war in der klaſſiſchen Kaiſerzeit substitutio reciproca, d. h. gegenſeitige Subſtitution der Miterben.[4] Wenn nämlich ein Miterbe ausfiel, ſo trat damals in der Regel nicht Anwachſung an die Miterben ein, ſondern Behandlung als caducum. Dem begegnete man durch die gegenſeitige Subſtitution.[5] Miterben gelten als zu denſelben Portionen ſubſtituirt, zu denen ſie inſtituirt ſind.[6]

Natürlich ſind auch heuzutage reciproke Subſtitutionen möglich; häufig ſind ſie nicht.

Die Vulgarſubſtitution iſt:

1. Erbeseinſetzung. Daher nennt man den Inſtituten den

---

1) Vgl. l. 50 pr. D. de leg. II.

2) Tit. Inst. 2, 15 de vulgari substitutione 2, 15, Dig. de vulgari et pupillari substitutione 28, 6. Cod. de impuberum et de aliis substitutionibus 6, 26. Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 248.

3) Bruns, fontes 5. Aufl. S. 292; Rudorff, Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte Bd. 12 S. 301.

4) Solche Subſtitution geſchah oft durch eine kurze Klauſel, z. B. „eosque invicem substituo“ und noch kürzer l. 37 § 1 D. de her. inst. 28, 5. Die Neueren ſprechen dann von einer substitutio compendiosa oder breviloqua.

5) Dies hebt ausdrücklich hervor l. un. § 1 a. C. de caducis tollendis 6, 51. Vgl. unten § 92.

6) l. 5, l. 41 § 1 D. h. t. 28, 6, l. 1 C. h. t. 6, 26. Ueber den Fall, daß den Miterben Nichterben als Subſtituten beigefügt ſind, vgl. l. 32 D. h. t. 28, 6.

Erben des erſten, den ihm ſubſtituirten des zweiten Grades, und zählt weitere Grade bei weiteren Subſtituten.[7]

Alle Erforderniſſe der Erbeseinſetzung gelten auch für die Vulgarſubſtitution.

Sind die „Erben" als ſolche mit Vermächtniſſen oder Auflagen beſchwert, ſo trifft dies ſelbſtverſtändlich auch die Subſtituten, falls ſich ihr Recht verwirklicht. Aber nach einer Konſtitution von Severus gelten auch die dem Inſtituten perſönlich — nominatim — aufgelegten Vermächtniſſe als ſtillſchweigend vom Subſtituten wiederholt,[8] da anzunehmen iſt, daß der Erblaſſer, was er dem zunächſt von ihm Begünſtigten auflegte, um ſo gewiſſer durch den in zweiter Linie ſtehenden entrichtet haben wollte. Dieſe Vermuthung greift jedoch nicht ein, wenn ſie der Faſſung des Teſtamentes oder dem beſonderen Charakter der Laſt widerſpricht.[9]

2. Die Vulgarſubſtitution iſt bedingte Erbeseinſetzung, abhängig davon, daß der Inſtitut nicht Erbe wird. Solange dies in der Schwebe bleibt, iſt der Subſtitut noch nicht berufen. Er muß daher den Wegfall des Inſtituten erleben, wenn ſich ſeine Subſtitution realiſiren ſoll.[10] Die Bedingung der Subſtitution fällt aus, ſowie der Inſtitut Erbe wird. Dies ändert ſich nicht, wenn derſelbe unmittelbar nach dem Erwerbe der Erbſchaft verſtirbt, ohne einen Erben zu hinterlaſſen.[11]

7) l. 1 pr. D. h. t. 28, 6. Modestinus libro 2 pandectarum: Heredes aut instituti dicuntur aut substituti: instituti primo gradu, substituti secundo vel tertio.

8) l. 74 D. de leg. I, l. 61 § 1 D. de leg. II, l. 4 C. ad S. C. Trebellianum 6, 49; ſiehe ferner l. 82 § 1 D. de leg. II, l. 77 § 15 D. eod. Arndts bei Glück Bd. 47 S. 266, oben Bd. 3 § 78 Anm. 8. Ueber eine hierher gehörige Streitfrage ſiehe unten § 92 Anm. 5.

9) l. 74 D. de leg. I. Ulpianus libro 4 disputationum ... quid enim si aliam rem reliquit a substituto ei fideicommissario vel legatario quam ab instituto non reliquerat? vel quid si certa causa fuit cur ab instituto relinqueret quae in substituto cessaret? vel quid si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerat fideicommissum?

10) Dies nahm man ſelbſt bei der substitutio reciproca an, wenn der ſeinem Miterben Subſtituirte ſeinen Theil erworben hatte. Zwar erwarb er dann die ihm ſpäter zukommende Subſtitutionsportion zu der eigenen ohne Willensentſchluß, dennoch mußte er den Ausfall des Miterben, alſo ſeine Berufung zur Subſtitutionsportion erlebt haben. Es ſind das recht ſubtile, aber folgerechte Rechtsſätze, l. 81 D. de a. vel o. her. 29, 2. Ulpianus libro 18 a. legem Juliam et Papiam: Totiens videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adisse quotiens adquirere sibi possit: nam si mortuus esset, ad heredem non transferret substitutionem. So auch l. 9 D. de suis et legitimis 38, 16. Der Schlußſatz der l. 23 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 ſteht damit nicht in Widerſpruch. Die hier öfter angeführte l. 23 D. de vulg. et p. subst. 28, 6 gehört nicht hierher. Denn der verſtorbene Miterbe, um den es ſich hier handelt, hatte ſeine Inſtitutionsportion nicht angetreten.

11) l. 5 C. h. t. 6, 26.

Die Bedingung der Subſtitution iſt eingetreten ſowohl dann, wenn der Inſtitut nicht erben *kann*, insbeſondere weil er vor dem Antritt verſtarb, wie auch dann, wenn er nicht Erbe ſein *will*. So iſt es im Zweifel ſelbſt, wenn der Erblaſſer bei der Faſſung der Subſtitution nur den einen der beiden Fälle ausgedrückt hat. Denn hierin liegt in der Regel nur eine unvollkommene Redaktion und keineswegs die Abſicht, für die es meiſt an einem rationellen Grunde fehlen würde, die Subſtitution auf den allein ausgedrückten Fall zu beſchränken.[12]

Es giebt Fälle, in denen der Vulgarſubſtitut berufen wird, trotzdem der Inſtitut Erbe geworden iſt. Dies insbeſondere, wenn derſelbe nothwendiger Erbe des Teſtators wurde, aber abſtinirte; ferner, wenn er ſich gegen den Antritt reſtituiren ließ,[13] endlich nach heutigem Rechte, wenn der Inſtitut unwürdig iſt.

Andererſeits wird der Subſtitut in der Regel nicht berufen, trotzdem der Inſtitut verſtirbt ohne Erbe geworden zu ſein, wenn ein Anderer an deſſen Stelle in Folge ſ. g. Transmiſſion erwirbt. Natürlich kann aber der Erblaſſer den Subſtituten dem Transmiſſar durch beſondere Beſtimmung vorziehen.[14]

3. Iſt B. ſeinem Miterben A. ſubſtituirt und C. dem B., ſo gilt C. als auf beide Portionen ſubſtituirt, erhält alſo, wenn A. und B. fortfallen, ſowohl die Inſtitutionsportion des B., als deſſen Subſtitutionsportion.[15]

Das drückt man durch die Regel aus „substitutus substituto est substitutus instituto“. Damit wird freilich die Sache nicht klarer.

§ 89. 2. Die Pupillarſubſtitution.[1]

Der Vater kann ſeinem unmündigen Hauskinde in zweifacher Weiſe ſubſtituiren, nämlich einmal vulgariter, alſo für den Fall, daß das Kind

---

12) Die Scholaſtiker bezeichneten den Fall, daß der Inſtitut nicht erben *will*, als casus „noluntatis“, und den, wenn er nicht Erbe werden *kann*, als casus „impotentiae“. Den Schluß der herrſchenden Meinung — Windſcheid Bd. 3 § 557 Anm. 5 — von dem einen auf das andere verwirft Mühlenbruch a. a. O. S. 301 ohne guten Grund.

13) l. 44 D. de re judicata 42, 1. Mühlenbruch a. a. O. S. 360. Das römiſche Indignitätsrecht ſiehe in l. 15 pr D. ad S. C. Silanianum 29, 5.

14) Vgl. Hofmann, kritiſche Studien S. 25 und dort Citirte.

15) § 3 J. h. t. 2, 15, l. 27, l. 41 pr. D. h. t. 28, 6.

1) Tit. Inst. de pupillari substitutione 2, 16; Dig. de vulgari et pupillari substitutione 28, 6; Cod. de impuberum et de aliis substit. 6, 26; Keller, Inſtitutionen S. 265; Bangerow § 452, Pietak, z. L. v. d. Pupillarſubſtitution im Archiv für civ. Praxis Bd. 58 n. 12, Bd. 59 n. 1.

sein Erbe nicht wird, und außerdem, damit verbunden oder allein pupillariter, d. h. für den Fall, daß es ihn überlebt, aber in den Jahren der Unmündigkeit verstirbt.[2] —

Die Pupillarsubstitution war eine Schöpfung der Sitte in den letzten Zeiten der Republik. Starke Impulse drängten auf sie hin, nicht bloß die Unvollkommenheit der alten gesetzlichen Intestaterbfolge, nach welcher leicht entfernte Agnaten und die Gentilen den Nachlaß des Kindes trotz des Vorhandenseins nächster Verwandter desselben erlangten. Man glaubte auch das Leben des Kindes gegen Frevel zu sichern, wenn man dessen Erben in verschlossenen, wohlverwahrten Testamentsurkunden ernannte und dadurch ungewiß machte, wer im Falle der Wegräumung des Kindes dessen Erbe würde.[3]

Freilich waren erhebliche juristische Schwierigkeiten zu überwinden.

Anfänglich betrachtete man den Pupillarsubstituten einfach als Erben des Vaters, der ihn ernannte.[4] Zwar erhält der Pupillarsubstitut den Nachlaß des Kindes; doch glaubte man denselben als identisch mit dem des Vaters ansehen zu können, was er ja thatsächlich in vielen Fällen auch war. Aber diese Auffassung ließ sich nicht festhalten. Sie stand in Widerspruch mit der Regel semel heres semper heres, wenn das Kind seinen Vater beerbt hatte und in den Jahren der Unmündigkeit verstarb. Noch unhaltbarer war sie, wenn sich das Kind von der väterlichen Erbschaft abstinirt hatte oder gar vom Vater exheredirt war, aber aus anderen Quellen, z. B. von seiner Mutter nach des Vaters Tode Vermögen erworben hatte, in welches der Pupillarsubstitut succedirte.

Daher wendete man sich in der klassischen Kaiserzeit der Ansicht zu, ein Testament werde über zwei Erbschaften gemacht, die des

---

2) Ulpian. fragm. Tit. XXIII § 7. Liberis impuberibus in potestate manentibus tam natis quam postumis heredes substituere parentes possunt duplici modo, id est aut eo, quo extraneis, ut, si heredes non extiterint liberi, substitutus heres fiat, aut proprio jure, ut, si post mortem parentis heredes facti intra pubertatem decesserint, substitutus heres fiat, l. 1 § 1 D. h. t. 28, 6, Gajus Inst. II § 181.

3) Gajus Inst. II § 181.

4) Dies nehmen die bei weitem meisten Neueren an, vgl. u. A. Vangerow Bd. 2 § 452. Mit Unrecht hat sich Pietak a. a. O. Bd. 58 S. 378 hiergegen erklärt. Daß man den Pupillarsubstituten ursprünglich als Erben des Vaters betrachtete, ergiebt sich aus der gewöhnlich angewendeten Formel l. 1 § 1 D. h. t. 28, 6 „si heres non erit, sive erit et intra pubertatem decesserit tunc Gajus Sejus heres mihi esto", Cicero de inventione cap. 42, de oratore II cap. 32. Die ältere Ansicht ist noch vertreten in der bekannten l. 29 D. de rebus auctoritate judicis 42, 5 von Javolenus libro 1 epistularum, dessen Ausführung auf dem Grundgedanken ruht „hereditas et patris et filii una est". Anders l. 42 D. de a. vel o. her. 29, 2.

Vaters und die des Kindes;[5] der Pupillarsubstitut werde also Erbe des Kindes.

Der Vater errichtet das Testament aus eigenem Rechte, keineswegs als Vertreter des Kindes, und er verfügt doch über die Erbschaft des Kindes. Das sind Gedanken, die sich keineswegs harmonisch zusammenfügen.

1. Die Pupillarsubstitution ist Bestandtheil des väterlichen Testamentes. Sie muß mit ihm solennisirt werden, wenn sie auch in einer besonders verschlossenen Urkunde — den secundae tabulae — niedergeschrieben ist.

Nothwendig muß sich also der Vater selbst einen Erben ernennen, wenn er eine Pupillarsubstitution anordnen will. Dieser Erbe kann sein unmündiges Kind sein, nicht minder aber ein Anderer.

Ferner fällt mit dem Testamente des Vaters nothwendig auch die Pupillarsubstitution dahin, insbesondere auch dann, wenn Niemand die väterliche Erbschaft antritt.[6] [7]

Selbst die Konsequenz hat man nicht gescheut, daß der Vater die Personen nicht honoriren muß, welche, wie namentlich die Mutter des Kindes, diesem gegenüber pflichttheilsberechtigt wären. Denn der Vater ist Pflichttheilserben des Kindes nicht verpflichtet.[8] Ebensowenig muß der Vater bezüglich des Nachlasses des Kindes die eigenen Pflichttheilserben berücksichtigen; denn diese haben auf denselben kein Recht.

Mit Vermächtnissen kann der Vater den Pupillarsubstituten nur in soweit beschweren, als der eigene Nachlaß zur Zeit seines Todes reicht — pater de suo legat —.[9]

2. Der Pupillarsubstitut ist im entwickelten Rechte Erbe des Kindes.[10]

---

5) Gajus Inst. II § 180 deutet auf verschiedene Erklärungsversuche hin: quamobrem duo quodammodo sunt testamenta: aliud patris aliud filii tamquam si ipse filius sibi heredem instituisset; aut certe unum est testamentum duarum hereditatum. Ulpian formulirte mit Vorliebe den Satz „unum testamentum alia atque alia hereditas est" l. 2 § 2 de her. vel a. vend. 18, 4, l. 2 § 4 D. h. t. 28, 6.

6) § 5 J. h. t. 2, 16.

7) Wer nothwendiger Erbe des Vaters ist, erwirbt auch die ihm deferirte Pupillarsubstitution von Rechtswegen, l. 2 § 4 D. h. t. 28, 6, und wer zugleich als Erbe des Vaters und als Pupillarsubstitut eingesetzt ist, wird, wenn er die Erbschaft des Vaters angetreten hat, nothwendig auch Erbe des Kindes, l. 59 D. de a. vel o. her. 29, 2. Das Nähere entwickelt Vangerow Bd. 2 § 454.

8) l. 8 § 5 D. de inofficioso test. 5, 2 und hiernach cap. 1 de testamentis in 6to 3, 11. Vangerow Bd. 2 § 453. Schröder, Notherbenrecht Bd. 1 S. 566.

9) l. 11 § 5, l. 87 § 5 D. ad leg. Falc. 35, 2.

10) Pietak a. a. O. Bd. 58 S. 378 und die dort citirten Belegstellen.

sein Erbe nicht wird, und außerdem, damit verbunden oder allein pupillariter, d. h. für den Fall, daß es ihn überlebt, aber in den Jahren der Unmündigkeit verstirbt.[2] —

Die Pupillarsubstitution war eine Schöpfung der Sitte in den letzten Zeiten der Republik. Starke Impulse drängten auf sie hin, nicht bloß die Unvollkommenheit der alten gesetzlichen Intestaterbfolge, nach welcher leicht entfernte Agnaten und die Gentilen den Nachlaß des Kindes trotz des Vorhandenseins nächster Verwandter desselben erlangten. Man glaubte auch das Leben des Kindes gegen Frevel zu sichern, wenn man dessen Erben in verschlossenen, wohlverwahrten Testamentsurkunden ernannte und dadurch ungewiß machte, wer im Falle der Wegräumung des Kindes dessen Erbe würde.[3]

Freilich waren erhebliche juristische Schwierigkeiten zu überwinden.

Anfänglich betrachtete man den Pupillarsubstituten einfach als Erben des Vaters, der ihn ernannte.[4] Zwar erhält der Pupillarsubstitut den Nachlaß des Kindes; doch glaubte man denselben als identisch mit dem des Vaters ansehen zu können, was er ja thatsächlich in vielen Fällen auch war. Aber diese Auffassung ließ sich nicht festhalten. Sie stand in Widerspruch mit der Regel semel heres semper heres, wenn das Kind seinen Vater beerbt hatte und in den Jahren der Unmündigkeit verstarb. Noch unhaltbarer war sie, wenn sich das Kind von der väterlichen Erbschaft abstinirt hatte oder gar vom Vater exheredirt war, aber aus anderen Quellen, z. B. von seiner Mutter nach des Vaters Tode Vermögen erworben hatte, in welches der Pupillarsubstitut succedirte.

Daher wendete man sich in der klassischen Kaiserzeit der Ansicht zu, ein Testament werde über zwei Erbschaften gemacht, die des

---

2) Ulpian. fragm. Tit. XXIII § 7. Liberis impuberibus in potestate manentibus tam natis quam postumis heredes substituere parentes possunt duplici modo, id est aut eo, quo extraneis, ut, si heredes non extit[illegible] substitutus heres fiat, aut proprio jure, ut, [illegible] morte[illegible] facti intra pubertatem decesserint, subst[illegible] Gajus Inst. II § 181.

3) Gajus Inst. II § 181.

4) Dies nehmen die bei [illegible] Bd. 2 § 452. Mit Unrecht ha[illegible] erklärt. Daß man den Pupilla[illegible] trachtete, ergiebt sich aus de[illegible] 28, 6 „si heres non erit, si[illegible] Sejus heres mihi esto“, Cic[illegible] Die ältere Ansicht ist noch v[illegible] tate judicis 42, 5 von Jav[illegible] dem Grundgedanken ruht „h[illegible] de a. vel o. her. 29, 2.

Vaters und die des Kindes;[5] der Pupillarsubstitut werde also Erbe des Kindes.

Der Vater errichtet das Testament aus eigenem Rechte, keineswegs als Vertreter des Kindes, und er verfügt doch über die Erbschaft des Kindes. Das sind Gedanken, die sich keineswegs harmonisch zusammenfügen.

1. Die Pupillarsubstitution ist Bestandtheil des väterlichen Testamentes. Sie muß mit ihm solennisirt werden, wenn sie auch in einer besonders verschlossenen Urkunde — den secundae tabulae — niedergeschrieben ist.

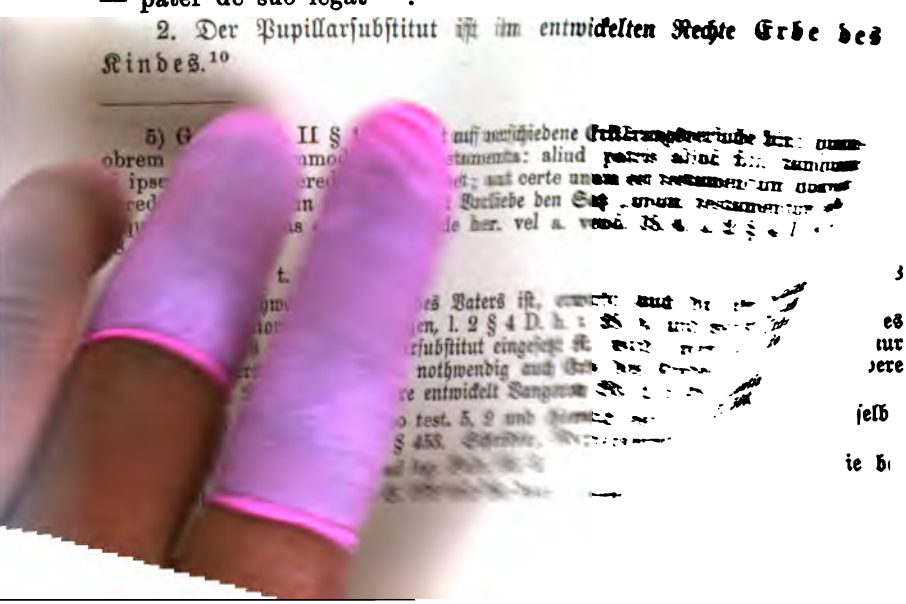
Nothwendig muß sich also der Vater selbst einen Erben ernennen, wenn er eine Pupillarsubstitution anordnen will. Dieser Erbe kann sein unmündiges Kind sein, nicht minder aber ein Anderer.

Ferner fällt mit dem Testamente des Vaters nothwendig auch die Pupillarsubstitution dahin, insbesondere auch dann, wenn Niemand die väterliche Erbschaft antritt.[6] [7]

Selbst die Konsequenz hat man nicht gescheut, daß der Vater die Personen nicht honoriren muß, welche, wie namentlich die Mutter des Kindes, diesem gegenüber pflichttheilsberechtigt wären. Denn der Vater ist Pflichttheilserben des Kindes nicht verpflichtet.[8] Ebensowenig muß der Vater bezüglich des Nachlasses des Kindes die eigenen Pflichttheilserben berücksichtigen; denn diese haben auf denselben kein Recht.

Mit Vermächtnissen kann der Vater den Pupillarsubstituten nur in soweit beschweren, als der eigene Nachlaß zur Zeit seines Todes reicht — pater de suo legat —.[9]

2. Der Pupillarsubstitut ist im entwickelten Rechte Erbe des Kindes.[10]



Er erwirbt den Nachlaß des Kindes mit dessen Tode, ohne Rücksicht darauf, ob dasselbe Erbe des Vaters wurde, und zwar in dem Umfange, den der Nachlaß jetzt hat.[11]

Die Pupillarsubstitution wird kraftlos:

1. wenn das Kind im Augenblicke des Todes des Vaters nicht in dessen — unmittelbarer — Gewalt steht.[12 13]

2. Wenn das Kind die Jahre der Unmündigkeit überlebt.[14]

Pupillar- und Vulgarsubstitutionen bezüglich unmündiger Hauskinder wurden in Rom ganz gewöhnlich verbunden. Daher schloß man von einem auf das andere, auch wenn der Erblasser wörtlich nur die eine Substitutionsart hervorgehoben hatte.[15]

Im heutigen Rechte dagegen ist Anordnung einer Pupillarsubstitution und Verbindung derselben mit der Vulgarsubstitution äußerst ungewöhnlich. Daher ist es unzulässig, derzeit von der einen

---

11) l. 10 § 5 D. h. t. 28, 6. Ulpianus libro 4 ad Sabinum: Ad substitutos pupillares pertinent et si quae postea pupillis obvenerint: neque enim suis bonis testator substituit, sed impuberis, cum et exheredato substituere quis possit.

12) l. 41 § 2 D. h. t. 28, 6. Es wird nicht schlechthin erfordert, daß das unmündige Kind bereits zur Zeit der Testamentserrichtung in der Gewalt des Testators war. Man kann z. B. einem unehelichen unmündigen Kinde, welches man zu legitimiren gedenkt, einen Pupillarsubstituten ernennen. Vorausgesetzt ist nur die Gewalt des Testators zur Zeit seines Todes, l. 2 pr. D. h. t. 28, 6. Uebrigens kann man auch einem Postumus pupillariter substituiren, sofern derselbe zur Zeit des Todes des Erblassers in dessen Gewalt wäre, wenn er bereits geboren wäre.

13) Nach römischem Rechte konnte der Großvater den Enkeln in der Gewalt substituiren für den Fall, daß sie bei seinem Tode nicht in die Gewalt ihres Vaters fielen, l. 2 pr. D. h. t. 28, 6.

14) l. 14 D. h. t. 28, 6. Natürlich kann der Testator auch eine kürzere Zeit als die Mündigkeit festsetzen, l. 21 D. eod.

15) Die s. g. substitutio vulgaris und pupillaris tacita gehört zu den am meisten besprochenen Fragen des gemeinen Rechtes. Vielleicht wären manche Zweifel nicht hervorgetreten, wenn man scharf römisches und heutiges Recht auseinandergehalten hätte. — Ob man aus einer Pupillarsubstitution auf eine Vulgarsubstitution schließen dürfe, war schon im Jahre 661 der Stadt in dem berühmten judicium Curianum verhandelt worden. Es hatte nämlich ein gewisser Coponius testirt: Post mortem meam si mihi postumus nascitur in mensibus proximis heres mihi esto. si moriatur antequam in suam tutelam venerit, M. Curius mihi heres esto. Der von Coponius so bestimmt erwartete Sohn erschien nicht, und es erhob sich nach seinem Tode ein Prozeß zwischen seinen Intestaterben und dem Curius, der den Erbschaftsbesitz erlangt hatte. Der letztere siegte, wie es scheint, so daß die Centumvirn die Vulgarsubstitution als in der pupillarischen enthalten erachteten. Cicero de oratore I. cap. 39, II. cap. 32, Brutus cap. 53; W. Munzinger, causa Curiana 1865; A. Schneider, die drei Scävola 1879. Mit diesem Präjudiz war freilich die Frage noch nicht endgültig entschieden. Doch stellte sich in der Kaiserzeit als Regel fest, daß von der einen auf die andere Substitution zu schließen sei, l. 4 pr. § 1 D. h. t. 28, 6. Natürlich tritt die Vermuthung aber nicht ein, wo ihr Indicien eines entgegengesetzten Willens entgegenstehen, l. 4 § 2 cit., l. 2, l. 4 C. h. t. 6, 26. Siehe das Nähere bei Herbert Pernice in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 n. 7, Bangerow Bd. 1 § 451 Anm. 1 und § 453 Anm. 1.

Substitution auf die andere zu schließen, insbesondere von einer Vulgar- auf eine Pupillarsubstitution. Man würde damit dem Testator einen Gedanken unterschieben, von dem er in der Regel auch entfernt nichts ahnt.[16] [17]

§ 90. 3. Die Quasipupillarsubstitution.

Das Recht, seinem geisteskranken oder sonst natürlicher Weise testirunfähigen Kinde ein Testament zu machen, konnte schon nach klassischem Rechte der Vater durch Privileg des Regenten erlangen.[1]

Ein Gesetz Justinians verstattet aber allgemein jedem Ascendenten, seinen geisteskranken Descendenten zu substituiren, wenn er ihnen den Pflichttheil hinterläßt.[2] Doch hat er zuerst unter dessen geistig gesunden Descendenten und dann unter dessen gesunden Geschwistern zu wählen.[3]

Sehr streitig ist der Charakter dieser Substitution.

Denn die Einen sehen in ihr eine fideikommissarische auf das, was der Testator dem Geisteskranken hinterläßt, so daß die gesetzliche Begünstigung nur in der freien Substitution bezüglich des Pflichttheils des Geisteskranken läge.[4]

Die Anderen betrachten diese Substitution als eine der pupillarischen analoge auf den ganzen Nachlaß des Geisteskranken.[5]

Hierfür sprechen die überwiegenden Gründe. Denn auch das schon

---

16) Anders Wendt, Pand. § 347 a. E.

17) Es ist noch hervorzuheben, daß nach der herrschenden Lehre die Regel „substitutus substituto est substitutus instituto" – vgl. oben § 88 Anm. 15 — auf Pupillarsubstitutionen keine Anwendung findet. Wenn also der Erblasser seinen Sohn zum Erben einsetzt, dem Sohne seine Tochter pupillariter substituirt und dieser Tochter wiederum einen Dritten, so wird dem letzteren nichts deferirt, wenn zuerst die Tochter und dann der Sohn in der Zeit der Unmündigkeit versterben. Hierfür führt man l. 47 D. h. t. 28, 6 an. Bangerow Bd. 2 § 453 Anm. 2. Doch ist die Auslegung der l. 47 cit. bestritten. Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 S. 115.

1) l. 43 pr. D. de vulg. et pupillari subst. 28, 6.

2) l. 9 C. de impuberum et aliis substitutionibus 6, 26 aus dem Jahre 528 § 1 J. de pupillari subst. 2, 16, vgl. l. 7 § 1 b, § 8 C. de cur. fur. 5, 70.

3) Das Gesetz will seinem Wortlaut nach — § 1 — nur diejenigen Geschwister des Geisteskranken bevorzugt haben, welche vom Testator stammen. Das war aber nur der Fall, welcher dem Gesetzgeber als nächstliegender vorschwebte. Auch andere Geschwister des Geisteskranken haben gleiche Rechte.

4) Hierfür Unterholzner im Archiv für civ. Praxis Bd. 2 n. 5, Löhr daselbst Bd. 5 n. 8 und eindringlich Bangerow Bd. 2 § 456.

5) Vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 475, Bd. 41 S. 1, und die bei Arndts § 499 Citirten.

vordem ertheilte Privilegium ging auf ein Testament für den Geisteskranken. Als nun das Privilegium durch Gesetz verallgemeinert wurde, wird Gleiches beabsichtigt gewesen sein. Auch giebt die Aufnahme der Verordnung in die Titel des Codex über Erbeinsetzungen und Erbsubstitutionen einen Fingerzeig nach derselben Richtung hin. Endlich aber wird diese Substitution ausdrücklich in den Quellen als quasipupillarische bezeichnet. Das wäre sehr inkorrekt, wenn sie nicht wie die pupillarische in der Ernennung eines Erben für das Kind bestünde. Keinesfalls ist um deswillen anzunehmen, daß der Ascendent sich auch selbst einen Erben ernennen müsse. Denn dies war eine nur historisch zu erklärende, aus inneren Gründen nicht zu rechtfertigende Eigenheit der Pupillarsubstitution, die nicht zu übertragen ist.[6]

Freilich entsteht nach unserer Auffassung das Bedenken, daß mehrere Ascendenten selbständig dem Geisteskranken Testamente errichten können und daß es an einer Gesetzesnorm fehlt, um das Verhältniß solcher verschiedenen Testamente zu bestimmen. Indessen seit der Zeit der Postglossatoren giebt man dem Testamente des Vaters den Vorzug, in dessen Ermangelung dem der Mutter. Das entspricht der Natur des Verhältnisses und löst die Schwierigkeiten, die sich in der praktischen Handhabung ergeben könnten.[7]

Wird der Descendent testirfähig, oder gewinnt er legitime Descendenten, so verliert das auf Grund Privilegiums oder Gesetzes errichtete Testament seiner Ascendenten seine Kraft.

III. Das Anwachsungsrecht.[1]

§ 91. Das Allgemeine des Anwachsungsrechtes.

Anwachsung — Akkrescenz — kommt bei Miterben jeder Art vor, mögen sie durch Testament oder Gesetz berufen sein. Gleichwohl ist es zweckmäßig, sie im Allgemeinen beim Testamentsrechte zu behandeln und das für die Intestaterbschaft besonders Geltende bei dieser nachzutragen.[2]

---

6) So auch Löhr im Archiv f. civ. Praxis Bd. 5 S. 112, dagegen Windscheid § 560 Anm. 3.

7) Eine besondere Ansicht vertritt Haimberger im Archiv für civ. Praxis Bd. 12 n. 18.

1) Baumeister, d. Anwachsungsrecht u. Miterben 1829; Mayer, d. Recht d. Anwachsung bei Erbrecht und Legaten 1835; Rudorff, über die caducorum vindicatio in der Zeitschrift für gesch. Rechtsw. Bd. 6 n. 6; Fitting, z. L. v. Anwachsungsrecht im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 n. 9; Krieg, Delation der Erbschaft im Fall einer

In einem weiten, thatsächlichen Sinne ist von einer Anwachsung in den Quellen überall die Rede, wo ein Miterbe zu einer Portion der Erbschaft noch eine andere erhält.[3] Dies also auch, wo es in Folge eines selbständigen Berufungsgrundes geschieht, z. B. wenn ein zu einem Theile unbedingt und zu einem anderen bedingt eingesetzter Erbe durch Eintritt der Bedingung zu seiner unbedingten die bedingte Portion erwirbt.[4]

Ein besonderes Rechtsinstitut ist aber nur die Akkrescenz, welche aus dem Wesen und der Natur des Verhältnisses von Miterben folgt.

Wir bezeichnen daher als *Akkrescenz im engerem Sinne* den Fall, *daß sich die Portion eines Miterben durch eine andere frei werdende Portion in Folge des Miterbenverhältnisses vergrößert.*

Von solcher Akkrescenz will man in der Regel nur reden, wenn dem Miterben seine Portion — die Urportion — bereits *deferirt* oder gar bereits *erworben* war, und wenn ihm nunmehr eine zweite Portion dadurch, daß sie frei wird, anwächst. Aber der Fall ist nach seinen charakteristischen Eigenthümlichkeiten derselbe, wenn sich die einem Testamentserben zunächst zugetheilte Portion *bei Lebzeiten des Erblassers* durch Erledigung anderer Portionen vergrößert, sei es, daß der Miteingesetzte von vornherein ungültig ernannt war, z. B. weil er zur Zeit der Testamentserrichtung bereits verstorben war, sei es, daß derselbe zwar rechtsgültig ernannt war, aber vor dem Erblasser starb. Der Grund dieser Akkrescenz liegt darin, daß *jeder Miterbe*, wenn er auch zunächst nur auf einen Theil eingesetzt ist, von selbst und nothwendig *eventuell Rechtsnachfolger auf den gesammten Nachlaß ist.*[5]

Todtgeburt 1876; Strohal, Transmission pendente condicione 1879 S. 90; Hofmann, krit. Studien n. 3, 5.

2) Gewöhnlich wird die Akkrescenz derzeit in die Lehre vom Erwerb der Erbschaft gestellt. So von Arndts § 518, Windscheid Bd. 3 §§ 603 und 604. Dieser Standpunkt ist nicht richtig. Das Recht auf die Erbschaft wächst, die Berufung wächst, um deswillen vergrößert sich auch das Erworbene.

3) Dies hat Brinz Bd. 3 S. 167 besonders betont.

4) l. 6 C. de impuberum et aliis substit., 6, 26 und die bei Brinz a. a. O. angeführten Stellen.

5) Ueber die richtige Formulirung des Grundgedankens streiten die Neueren. Die verschiedenen Ansichten stellt zusammen Hofmann, kritische Studien S. 65. Gegen die Auffassung, daß die Miterben *eventuell* auf das Ganze berufen seien, welche die faßlichste und einfachste ist, hat man eingewendet, „eventuell" sei soviel als „bedingt". Als bedingt berufen werde aber der Akkrescenzerbe nicht behandelt. Es handelt sich indessen nicht um eine Bedingung im engeren Sinne, sondern bloß um eine s. g. condicio juris.

Und dies wiederum erklärt sich daraus, daß der Zweck und Grundgedanke der Beerbung eine vollständige Repräsentation des Erblassers fordert.

Daher tritt die Akkrescenz nothwendig ein:

a) *auch gegen den Willen des Erblassers.* So wenig derselbe seine Beerbung überhaupt ausschließen kann, so wenig kann er sie endgültig auf eine bloße Quote des Nachlasses beschränken. Wohl aber kann er ihren Eintritt dadurch verhüten, daß er durch Substitutionen dafür sorgt, daß keine Portionen vakant werden. Denn Substitutionen wie auch Transmissionen gehen der Akkrescenz vor.

Ferner kann der Erblasser die Akkrescenz bis zu einem gewissen Grade nach seinem Willen reguliren, indem er einzelnen Erben ein engeres Akkrescenzrecht verleiht.

b) Die Akkrescenz ist nicht minder eine *Nothwendigkeit für den Erben.*

Sie bildet keine selbständige Berufung. Daher braucht der Miterbe, welcher seine Urportion erwarb, die Erledigung der anwachsenden Portion nicht zu erleben. Vielmehr vollzieht sich die Akkrescenz als eine rechtliche Nothwendigkeit auch bei seinen Erben. Deshalb pflegt man zu sagen „portio portioni accrescit.“ [6]

Der Akkrescenzerbe kann die Anwachsung auch nicht zurückweisen, wenn sie ihm etwa wegen Ueberschuldung der Erbschaft nachtheilig sein sollte, vorausgesetzt natürlich, daß er seine Urportion bereits erwarb.

Dies leidet aber Modifikationen, wenn sein Miterbe seine Portion nach Civilrecht erworben hat und nur nach prätorischem Rechte derselben wieder ledig wurde. Hier soll, was dem Einen billig ist, dem Anderen nicht unbillig werden.[7 8]

---

6) l. 2 § 8 D. de b. p. s. t. 37, 11, l. 31 D. de a. v. o. her. 28, 2, l. un. § 10a C. de caducis toll. 6, 51.

7) Hat nämlich, wer seine Portion als *nothwendiger Erbe* erwarb, sich von derselben *abstinirt*, nachdem der Miterbe, dem in Folge dessen akkresciren soll, seine Portion bereits angetreten hat, so soll der letztere durch die Rechtswohlthat nicht leiden, welche dem ersteren gewährt wird. Vielmehr erhält er nunmehr gleichfalls ein Abstentionsrecht von der ganzen Erbschaft, also sowohl von seiner Urportion wie von der anwachsenden, sofern ihn die Gläubiger der durch Abstention erledigten Portion wegen der auf derselben lastenden Schulden als Akkrescenzerben in Anspruch nehmen. l. 55, l. 56, l. 38 D. de a. vel o. her. 29, 2.

8) Ist ein Miterbe gegen den Erbschaftsantritt restituirt und kommt es aus diesem Grunde nachträglich zu einer Akkrescenz der durch die Restitution ledig gewordenen Portion an dessen Miterben, so kann dieser die Anwachsung einfach zurückweisen, l. 61 D. de a. vel o. her. 29, 2. Ueber die Anm. 7 und 8 gedachten Fälle vgl. Schmidt von Ilmenau Abh. I S. 63, Puchta in kleinen civ. Schriften n. 31 S. 552.

§ 92. Die Akkrescenz unter teſtamentariſchen Miterben.

Was insbeſondere die Akkrescenz unter teſtamentariſchen Miterben anlangt, ſo iſt zu beachten:

1. In der klaſſiſchen Kaiſerzeit war dieſelbe durch die lex Papia Poppaea in poſitiver und willkürlicher Weiſe eingeſchränkt und beſonders geſtaltet.

Denn dieſes Geſetz erklärte für caducum und theilte den im Teſtamente genannten behinderten Perſonen, eventuell aber dem Fiskus die Erbportionen zu, welche dadurch vakant wurden, daß der teſtamentariſche Theilerbe *vor der Eröffnung des Teſtamentes verſtarb* oder Peregrine wurde.[1] Im juſtinianiſchen Rechte iſt dies zwar aufgehoben,[2] jedoch nicht ohne Nachwirkungen zu hinterlaſſen.

2. Was die Laſten der ausfallenden Portion anlangt, ſo hatte ſie von jeher der Vindikant des caducum zu tragen.[3]

Seit Sever nahm man aber auch an, daß *der Akkrescenzerbe* ebenſo wie ein Subſtitut die *Laſten*, welche dem weggefallenen Miterben *perſönlich* aufgelegt waren, gleich als ſeien ſie auch ihm aufgelegt, zu berichtigen habe.[4]

Ob dies auch für den Fall gelte, daß der Miterbe von Anfang ungültig ernannt war, iſt Streitfrage. Doch ſpricht die Konſequenz für die Bejahung.[5]

3. Durch *Zuſammenberufen* — conjunctio — begründet der Erblaſſer ein *ſpecielles* Akkrescenzrecht unter den *Verbundenen*.

Wie ſich die Zuſammenberufenen in die ihnen insgeſammt zugewieſene Portion zu theilen haben, wenn ſie ſämmtlich erwerben,[6]

---

1) Ulpian. fragm. XVII § 1. Vgl. über die Kaducität die bei Vangerow Bd. 2 § 496 Anm. 1 Citirten.

2) l. un. C. de caducis tollendis 6, 51 vom Jahre 534. Schon in den Pandekten iſt nach Geheiß Juſtinians nichts von caduca enthalten. Const. tanta l. 2 § 6b C. de vetere jure enucleando 1, 17. Vangerow a. a. O. Bd. 2 S. 318.

3) Ulpian. fragm. XVII § 3. Caduca cum suo onere fiunt.

4) Das alte Recht, wonach der Akkrescenzerbe die dem Ausgefallenen „nominatim“ auferlegten Vermächtniſſe nicht zu tragen hatte, lehrt Celſus l. 29 § 1 und 2 D. de leg. II. Seine Entſcheidung iſt von den Kompilatoren aus Verſehen in die Pandekten aufgenommen. Dagegen wendete Ulpian das Reſkript von Sever bezüglich der Subſtituten auf die Akkrescenzerben an l. 61 § 1 D. de leg. II. Hiervon geht auch Juſtinian aus l. un. § 4 C. de caducis toll. 6, 51.

5) Für das Gegentheil führt man an l. un. § 3 und § 9 C. de caducis toll. 6, 51. Die hier vertheidigte Anſicht theilen Francke, Beiträge S. 121, Arndts bei Glück Bd. 47 S. 270, Windſcheid Bd. 3 § 603 Anm. 16; dagegen iſt Vangerow Bd. 2 § 496 Anm. 3 n. V.

6) Oben Bd. 3 § 86 Anm. 4 ff.

also wachsen ihnen die erledigten Antheile ihrer Konkurrenten zunächst zu.

Auch bei der speciellen Akkrescenz kann nur eine sachliche Verbindung, d. h. eine Berufung auf dieselbe Portion in Betracht kommen.

Es macht keinen Unterschied, ob dieselbe in demselben Satze — re et verbis — oder in verschiedenen Sätzen — re tantum — geschah. Aber eine bloß sprachliche Verbindung — verbis tantum conjunctio — ohne Berufung auf dieselbe Portion ist auch hier ohne rechtliche Bedeutung.[7]

4. Soweit ein specielles Anwachsungsrecht nicht besteht, tritt das allgemeine ein, und zwar nach Verhältniß der Erbportionen der Miterben.

Die unter sich speciell Verbundenen nehmen natürlich an dem allgemeinen Anwachsungsrechte Theil.

Fünftes Kapitel.

Ungültigkeit der Testamente.

§ 93. 1. Nichtigkeit und Vernichtung der Testamente im Allgemeinen.[1]

Testamente sind ohne Wirkung, entweder weil sie von vornherein nichtig waren — t. nullum — oder weil sie nachträglich vernichtet wurden. Ein erheblicher Unterschied zwischen beidem ist, daß die von Anfang an nichtigen Testamente, wie wenn nichts vorgegangen wäre, ältere Testamente des Erblassers nicht berühren,[2] während Testamente, die gültig errichtet sind, früher errichtete Testamente

---

7) Dies ist die heutzutage herrschende Meinung, welche namentlich Bangerow in überzeugender Weise ausgeführt hat, Bd. 2 § 496 S. 322. Manche freilich geben gerade nur den „verbis tantum conjuncti" das specielle Akkrescenzrecht. Gewiß hatten sie dereinst bei der caducorum vindicatio ein Vorzugsrecht, was bei dem willkürlichen Charakter derselben begreiflich, ein vorzugsweises Akkrescenzrecht hatten sie nicht. Das beweist namentlich die l. 67 D. de her. inst. 28, 5. An dieser klaren Entscheidung ist um so mehr festzuhalten, als ihr Resultat allein innerlich und logisch gerechtfertigt ist.

1) Tit. Inst. quibus modis testamenta infirmantur 2, 17, Tit. Dig. de injusto rupto irrito facto testamento 28, 3.

2) § 2 J. h. t. 2, 17, l. 2 D. h. t. 28, 3. Ueber die dort erwähnte Modifikation siehe unten § 94 Anm. 5.

aufheben, wobei es verbleibt, auch wenn sie selbst nachträglich ungültig werden.[3]

1. Von Anfang an nichtig sind insbesondere Testamente,[4] wenn dem Erblasser Recht oder Fähigkeit zu testiren fehlte, sowie dann, wenn die Solennitäten der Errichtung nicht gewahrt sind.

Jeder Mangel an wesentlichen Formalitäten, ob groß oder klein, macht das Testament nichtig; die Nichtachtung von bloß instruktionellen Vorschriften für die Errichtung aber stellt es nicht in Frage.

2. Testamente werden nachträglich vernichtet:

a) wenn der Erblasser das Recht, ein Testament zu hinterlassen, verliert — t. irritum —, was heutzutage nur so vorkommen kann, daß er durch Arrogation oder Legitimation in eine väterliche Gewalt kommt.[5]

Das Testament erhält jedoch aufs neue Kraft, wenn der Erblasser durch Wiederaufhebung der Gewalt das Testamentsrecht zurückerlangt.[6]

b) Das Testament fällt ferner zusammen, wenn keiner der eingesetzten Erben aus ihm Erbe wird — t. destitutum —,[7] sowie endlich

---

3) Eine Ausnahme tritt ein, wenn der Erblasser nach Errichtung eines Testamentes ein anderes an dessen Stelle macht, dasselbe dann aber absichtlich zerstört, um das frühere wieder in Kraft treten zu lassen. Denn obgleich das erste Testament durch Errichtung des zweiten aufgehoben ist, wurde dennoch aus ihm in diesem Falle eine bonorum possessio cum re gegeben, l. 11 § 2 D. de bonorum possessione secundum tabulas 37, 11.

4) l. 4 D. qui testamenta facere 28, 1.

5) §§ 4, 5 J. h. t. 2, 17.

6) Dies spricht unverklausulirt § 6 J. h. t. 2, 17 aus, und es stimmen damit auch l. 1 § 8 D. de bon. poss. secundum tab. 37, 11 und l. 8 § 8 D. de jure codicillorum 29, 7. Jedoch finden sich zahlreiche, mit der praktischen Bedeutung des Punktes nicht im Verhältnisse stehende Streitfragen und eine überreiche Literatur, die bei Windscheid Bd. 3 § 563 Anm. 7 zu ersehen ist. a) Die in solchem Falle ertheilte bonorum possessio war zur Zeit von Gajus den Intestaterben gegenüber sine re, Gajus Inst. II §§ 147—149. Daß dies nicht justinianisches Recht sein sollte, erhellt eben daraus, daß nur § 147, nicht aber §§ 148 und 149 cit. in die Institutionen Justinians § 6 J. h. t. 2, 17 übernommen wurden. Die Reminiscenz in l. 12 pr. in fine D. h. t. 28, 8 beweist dagegen nichts. b) Papinian forderte in der l. 11 § 2 D. h. t. de bon. poss. sec. tab. 37, 11, weil der Arrogirte „dando se in alienam familiam cum capite fortunas quoque in familiam et domum alienam transferat", wenn er nun doch gewaltfrei geworden nach seinem Testamente beerbt sein wollte, eine Bestätigung desselben, weil er es, indem er sich arrogiren ließ, gleichsam zurückgenommen hatte. In das justinianische Recht paßt dies wenig, da hiernach das Vermögen des Arrogirten nicht mehr dem Arrogirenden zugewendet wird, sondern dem Arrogirten verbleibt. Die Aufnahme der Erörterung Papinians in die Kompilation ist daher nicht folgerecht. Man hat sich vielmehr an die Institutionenstelle zu halten. Es ist hiernach nicht geltendes Recht, daß das ältere Testament dessen, der sich arrogiren ließ, nur dann rechtsbeständig sei, wenn er es nach hergestellter Selbständigkeit besonders bestätigte.

7) Auf Grund der nov. 1 cap. 2 in fine vertheidigt Löhr im Archiv für civ. Praxis Bd. 5 n. 15 den Satz, daß im Falle der Repudiation aller Testamentserben

c) durch rechtsgültige Willenserklärung des Erblaſſers — t. ruptum.

d) Nach klaſſiſchem Rechte war das Teſtament von vornherein nichtig, wenn die Notherben nicht gehörig berückſichtigt waren, und wurde durch das ſpätere Anwachſen eines postumus, der nicht im Teſtamente beachtet war, nachträglich vernichtet — ruptum. Wie es ſich im juſtinianiſchen Rechte mit den Anſprüchen von Aſcendenten und Deſcendenten des Erblaſſers verhält, iſt ſpäter zu unterſuchen.

Nicht bloß Nichtigkeit, auch Anfechtbarkeit iſt möglich, insbeſondere wegen Indignität des Erben, ſowie wegen Verletzung des Pflichttheilsrechtes naher Verwandter.

§ 94. 2. Widerruf der Teſtamente.

Der Erblaſſer kann ſein Teſtament jederzeit widerrufen.[1] Aber formloſe Erklärungen genügen hierzu nicht.[2]

1. Die Aufhebung geſchieht vor Allem durch *Errichtung eines neuen rechtsbeſtändigen Teſtamentes*.[3] Dies war urſprünglich die einzige Weiſe des Widerrufes.

Univerſalfideikommiſſare, Legatare u. ſ. w. die Erbſchaft als Teſtamentserben an ſich ziehen könnten, ſo daß erſt in Ermangelung aller dieſer die Inteſtaterbſchaft eröffnet werde. Hiergegen vgl. Vangerow Bd. 2 § 459 S. 198. Selbſt wenn die Auslegung der Novelle 1 von Löhr begründet wäre, ſo könnte ſie gegenüber der ſeit Jahrhunderten feſten Theorie und Praxis unmöglich praktiſche Anerkennung finden.

1) Vgl. oben Bd. 3 § 66 Anm. 14 und 15.

2) Vgl. Paul Krüger, krit. Verſuche 1870 n. 1, dazu Leiſt bei Glück bon. possessio Bd. 4 S. 140 und wiederum Krüger, Zeitſchrift für Rechtsgeſchichte Bd. 14 S. 53. Krüger behauptet, Verſuche S. 28 und S. 35, daß in der Regel ſchon der formloſe Widerruf eine exceptio doli gegen den eingeſetzten Erben begründet habe. Er hat aber nicht bewieſen, daß das ſpätere römiſche Recht zu ſolcher Zerſetzung der Form vorgeſchritten ſei. Allerdings ließ das klaſſiſche Recht formloſen Widerruf von *Vermächtniſſen* zu, wozu es durch die allmählich fortſchreitende Aſſimilirung von Legaten und Fideikommiſſen gedrängt war. Aber gerade in dieſer Hinſicht werden Vermächtniſſe und Erbeinſetzungen in ſcharfen Gegenſatz geſtellt. l. 36 § 3 D. de testamento militis 29, 1, l. 22 D. de adimendis legatis 34, 4. Die von Krüger wieder in den Vordergrund geſtellte l. 4 § 10 D. de doli mali exc. 44, 4 handelt von *Legaten*, denn nur bei einem ſolchen ſprach man von einem „petere ex testamento“. Sie macht nur die beſondere Anwendung, daß auch der *Erbe*, welcher von einem Miterben ein zurückgenommenes *Legat* fordert, durch exceptio doli zurückgewieſen wird. Vgl. l. 4 cit. § 11. Noch weniger überzeugend iſt l. 1 § 8 D. si tabulae nullae exstabunt 38, 6, wo ſich „alia ratione voluntatem mutavit“ nur als „Zerſtörung der Urkunde in anderer Weiſe“ dem Zuſammenhang nach erklären läßt. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 460 IV S. 209.

3) § 2 h. J. t. 2, 17, l. 11, l. 16 D. de injusto 28, 3. Nur Soldaten konnten mehrere ſucceſſiv errichtete Teſtamente hinterlaſſen, welche zuſammen gültig waren, l. 19 D. de testamento militis 29, 1. Ueber den hiſtoriſchen Grund des Rechtsſatzes vgl. oben Bd. 3 § 57 S. 99.

Das ſpätere Teſtament beſeitigt nothwendig das alte, auch wenn der Teſtator dies nicht erklärt hat, und wenn die Teſtamente ihrem Inhalte nach an ſich mit einander verträglich wären.[4]

Ein ſpäteres Teſtament, welches nicht vollſtändig ſolenniſirt iſt — t. imperfectum —, hebt in der Regel das früher errichtete nicht auf. Dies leidet eine Ausnahme, wenn der Teſtator mit der Solenniſirung einer Schrift begonnen hat, in welcher er ſeine Inteſtaterben zu Erben einſetzte und den Akt unfreiwillig unvollendet ließ. Es gilt dann die Inteſtaterbſchaft als eröffnet.[5]

2. Wenn der Teſtator in Abſicht des Widerrufes ſein Teſtament zerſtört oder die Namen ſämmtlicher eingeſetzten Erben durchſtreicht, ſo iſt es gleichfalls aufgehoben.

Zerſtörung der Urkunde, ohne Abſicht der Aufhebung, berührt den Rechtsbeſtand des Teſtamentes nicht.[6]

3. Widerruf vor drei Zeugen oder zu gerichtlichem Protokoll hebt das Teſtament auf, ſofern es über zehn Jahre alt iſt.[7]

4. Gemeinrechtlich werden Teſtamente durch Widerrufserklärung in Teſtamentsform auch aufgehoben, und zwar auch wenn ſie nicht ausdrücklich mit der Einſetzung von Erben verbunden iſt.[8]

---

4) Wenn ſich in den Beſtimmungen des ſpäteren Teſtamentes die Abſicht ausſpricht, daß die Verfügungen des früheren Teſtamentes, ſoweit ſie nicht modificirt ſind, fort gelten ſollen, ſo werden dieſelben als fideikommiſſariſche erhalten. Ein wichtiges Beiſpiel ſiehe oben Bd. 3 § 87 Anm. 5.

5) In der klaſſiſchen Zeit verſtand man unter dem testamentum non perfectum ein ſ. g. prätoriſches — oben Bd. 3 § 69 Ziff. 3 —, bei welchem mancipatio und nuncupatio testamenti fehlten. Hierauf bezog ſich urſprünglich l. 2 D. de injusto test. 28, 3. In der chriſtlichen Kaiſerzeit dagegen bezeichnete man als testamentum imperfectum ein begonnenes, welchem noch Unterſchrift und Beſiegelung durch die Zeugen fehlen, nov. Theodosii de testamentis XVI § 7 und hiernach l. 2 1 § 5 C. de testamentis 6, 23. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 460 S. 204, Fein bei Glück Bd. 45 S. 237.

6) Tit. Dig. de his quae in testamento delentur 28, 4, l. 2 § 7, l. 8 § 3 D. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11, l. 1 § 8 D. si tabulae test. 38, 6. Die Inteſtaterben müſſen beweiſen, daß die Vernichtung in der Abſicht der Aufhebung des Teſtamentes geſchah. Exiſtirte das Teſtament in mehreren Originalen, ſo genügt unter derſelben Vorausſetzung auch die Zerſtörung einer Urkunde, l. 4 D. h. t. 28, 4, R.G. Bd. 14 S. 184. Die Zerſtörung einer Abſchrift und bei mündlichem Teſtament die Vernichtung der aufgenommenen Beweisurkunde enthält keine Aufhebung des Teſtamentes. Die hiſtoriſche Geneſis dieſer Form des Widerrufes erhellt aus Gajus Inst. II § 151; vgl. hierzu Krüger, Verſuche a. a. O., Schirmer in der Savigny-Zeitſchrift r. Abth. Bd. 7 S. 1, Krüger daſelbſt S. 91, wiederum Schirmer Bd. 8 S. 99 und Krüger S. 109. Ueber die Legate im zerſtörten Teſtamente ſiehe unten § 105.

7) Honorius und Theodoſius verordneten im Jahre 418, daß Teſtamente kraftlos werden ſollten, wenn der Teſtator die Errichtung 10 Jahre überlebe, l. 4 C. Theod. de testamentis 4, 4. Nach der l. 27 C. de testamentis 6, 23 von Juſtinian ſoll dies aber nur gelten, wenn der Teſtator den Widerruf vor 3 Zeugen oder gerichtlich erklärt hat.

8) Das iſt zwar nicht im römiſchen Rechte ausgeſprochen, aber eine folgerechte

§ 95. 3. Die Kodicillarklausel.[1]

Der Erblasser hat ein Schutzmittel gegen die Gefahr der Vereitelung seines Testamentes wegen Ungültigkeit[2] in der **Kodicillarklausel, d. h. der Erklärung, daß dasselbe eventuell als Kodicill gelten solle.**

In der Regel ist darunter ein **Intestatkodicill** verstanden, unter Umständen aber ein testamentarisches Kodicill.[3]

Tritt die Kodicillarklausel in Wirksamkeit, so verwandeln sich die **Erbeseinsetzungen in Universalvermächtnisse,**[4] die **Vermächtnisse** bleiben bestehen, so jedoch, daß möglicherweise nach dem Zusammenhange der Verfügungen ein Anderer als onerirt anzusehen ist, als wenn das Testament bei Kräften bliebe.[5]

Damit sich der letzte Wille in ein Kodicill umwandele und in dieser Rechtsform gültig sei, wird gefordert:

1. daß der Testator hierzu durch eine **Kodicillarklausel ermächtigte.** Subintelligirt wird diese Klausel in der Regel nicht.[6]

Fortbildung desselben; denn der Testator erklärt durch den Widerruf in Testamentsform, daß die Intestaterben seine Erben sein sollen. Es kann nichts mehr darauf ankommen, ob er sie ausdrücklich zu seinen Erben ernennt, vgl. oben Bd. 3 § 77 Anm. 3. Auch die älteren Praktiker theilen die Ansicht überwiegend, daß der in Testamentsform erklärte Widerruf Geltung habe. So Voet ad Pand. tit. 28, 3 n. 1, Carpzov, jurispr. for. III const. 5 def. 27; dagegen freilich Lauterbach, collegium theoretico-pract. Pand. lib. 18 tit. 3 § 13.

1) Ueber die Kodicillarklausel vgl. Fein bei Glück Bd. 45 S. 184; Bangerow Bd. 2 § 527; Coels, d. L. v. d. s. g. Konversion eines unwirksamen Testamentes in ein wirksames Kodicill 1879;

2) Ungültig ist hier in dem weiten Sinne genommen, von dem oben Bd. 1 § 120 Anm. 1 die Rede war, z. B. auch bei Ausfall einer Bedingung der Erbeinsetzung.

3) Vgl. Fein a. a. O. Bd. 45 S. 264.

4) l. 88 § 17 D. de leg. II, l. 2 § 4 D. de jure cod. 29, 7.

5) In der Regel bleiben sie zu Lasten der als Erben Eingesetzten, wenn dieselben Universalfideikommissare werden. Windscheid Bd. 3 § 631 Anm. 4.

6) In früheren Jahrhunderten wurde meist gelehrt, daß die Kodicillarklausel subintelligirt werde. Vgl. insbesondere Alef. de otio clausulae codicillaris in quovis testamento 1750. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß dies der modernen Anschauung entspricht. Testatoren, welche die Meinung haben, daß ihr Testament entweder gerade so gelten solle wie es geplant ist, oder gar nicht, und welche ihren Testamentserben die Rückzugslinie auf das Universalfideikommiß abschneiden wollen, mögen auch in Deutschland vorkommen, sie sind aber gewiß sehr selten. Es ist jedoch zweifellos, daß man in Rom die Klausel nicht subintelligirte. Am unzweideutigsten spricht dies l. 41 § 3 D. de vulg. et pupillari substit. 28, 6 aus. Hiernach ist denn die neuere gemeinrechtliche Theorie darüber einstimmig, daß es einer besonderen Erklärung des Testators bedürfe. Auch die Praxis hat sich dem angeschlossen. Vgl. Fein a. a. O. Bd. 45 S. 191. Ueber Fälle, in welchen die Kodicillarklausel vermuthet wird, siehe ebendaselbst S. 254.

Doch ist keine besondere Formel nöthig, jede Willensäußerung genügt.[7]

2. Daß die Rechtsbedingungen eines gültigen Kodicilles vorhanden sind. Der Erblasser muß also die Testirfähigkeit besitzen, sein Wille muß ein entschiedener sein und es müssen namentlich die Formen eines Kodicilles vorhanden sein.

3. Die Kodicillarklausel gewährt nur Schutz gegen solche Thatsachen, die Kodicillen nicht entgegentreten.

Widerruft der Erblasser also seine Disposition, so wird sie durch die Kodicillarklausel nicht gerettet.[8 9]

4. Will der als Erbe Eingesetzte die Rechtshülfe der Kodicillarklausel, so muß er dies erklären. Hat er sich einmal gerichtlich als Erbe oder als Universalfideikommissar erklärt, so soll seine Wahl unabänderlich sein. Nur Descendenten und Ascendenten des Erblassers bis zum 4. Grad agnatischer und bis zum 3. Grad kognatischer Verwandtschaft haben das Recht beliebiger Aenderung ihres Entschlusses.[10]

---

7) Die gewöhnliche Fassung in den deutschen Testamenten war und ist im Wesentlichen noch jetzt: „Dafern aber dieses mein Testament einiger Ursachen und Mängel halber von Rechtswegen nicht als ein solenner zierlicher letzter Wille oder zu Recht bestehendes Testament gelten oder kräftig sein sollte, so will ich doch, daß solches als ein testamentum nuncupativum, Kodicill, Fideikommiß, donatio mortis causa oder wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen kann, gelten und kräftig sein soll." Zuweilen aber machten es sich die Notare bequem und setzten dem Testamente nur hinzu „dafern aber et cet.". So entstand die Frage, ob diese s. g. clausula ceterata als Kodicillarklausel zu erachten sei, was übrigens zweifelsohne zu bejahen war. Schon in Rom entnahm man die Kodicillarklausel aus Wendungen jeder Art, aus denen sich ergab, daß der Testator mehr auf die Verwirklichung des Materiellen seiner Bestimmungen als auf die Rechtsform, in der sie sich verwirklichten, Gewicht legte, l. 88 § 17 D. de leg. II. Scaevola libro 3 digestorum: „Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo juris perito rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas" deinde heredes instituit. quaesitum est intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptae ex causa fideicommissi peti possunt. respondi secundum ea quae proponerentur posse.

8) Natürlich kann der Erblasser seine Verfügung auch, bloß soweit sie Testament ist, zurücknehmen, sie aber, soweit sie eventuell Kodicill ist, bestehen lassen. Es wird dies aber nur selten vorkommen. Widerruft er „sein Testament" ohne weiteren Zusatz, so ist darin, wenn nicht besondere Gründe für das Gegentheil sprechen, auch Zurücknahme der Kodicillarklausel zu finden.

9) Wenn ein pflichtwidriges Testament, nachdem der Testamentserbe aus demselben antrat, mit der querella inofficiosi testamenti rescindirt wurde, so kann der überwundene Erbe nun nicht mehr auf die Kodicillarklausel, mit welcher das Testament versehen war, zurückkommen, denn das Testament gilt nun ihm gegenüber als das eines Wahnsinnigen. Dies bezeugt l. 13 D. de inofficioso testamento 5, 2, l. 36 D. de leg. III. Wohl aber kann der Erbe sich von vornherein auf die Kodicillarklausel zurückziehen, wenn er noch nicht als Testamentserbe antrat. Vgl. Wangerow Bd. 2 § 527 Anm. 2 S. 448 und dort Citirte. R.G. Bd. 14 S. 190.

10) l. 8 C. de codicillis 6, 36. Die Verordnung sollte Prozesse abschneiden,

§ 96. 4. Urtheil und Vergleich über die Rechtsbeständigkeit des Testamentes.

Entsteht Streit über die Rechtsbeständigkeit eines Testamentes, so wird er in der Regel zwischen den angeblichen Testamentserben und Intestaterben ausgetragen, denn die ersteren sind am meisten bei der Vertheidigung, die letzteren bei der Bekämpfung des Testamentes interessirt.

Die Geltung des Testamentes berührt aber einen weiten Kreis von anderen Personen, insbesondere Legatare, Erbschaftsgläubiger und Erbschaftsschuldner.

Daher fragt es sich, ob die rechtskräftigen Urtheile und Vergleiche zwischen den Erbschaftsprätendenten für die Rechtsverhältnisse jener anderen Person bestimmend sind. Strenges Recht und abstrakte Logik führen zur Verneinung, denn Urtheile und Vergleiche zwischen Parteien berühren an sich nicht Andere, die nicht zugezogen sind. Immerhin sprechen praktische Erwägungen dafür, was unter den Erbprätendenten festgestellt ist, möglichst auch für und gegen die sekundär Betheiligten zur Geltung zu bringen, weil sich sonst zahlreiche Prozesse mit widersprechendem Ausgange und höchst unglückliche Komplikationen entwickeln können.

So wird das Recht dazu gedrängt, zwischen den Anforderungen strenger Rechtskonsequenz und denen des praktischen Lebens zu vermitteln.

1. Ist ein rechtskräftiges Urtheil zwischen den Testamentserben und dem Intestaterben ergangen, so gelten folgende Sätze:

a) Wer obsiegt, kann von den Erbschaftsgläubigern als Erbe in Anspruch genommen werden, und wenn der Testamentserbe den Prozeß gewinnt, können ihn auch die Legatare belangen. Es ist also dem, welcher die Eigenschaft als Erbe im Erbschaftsprozesse behauptete und erstritt, nicht verstattet, diese Eigenschaft, wenn er nun von den Gläubigern belangt wird, hinterher zu verleugnen.[1] Auch die Erbschafts-

---

thut dies aber in wenig zweckmäßiger Weise. Sie ist eine harte und der Absicht des Erblassers nicht entsprechende. Man hat daher vielfache Beschränkungen gesucht. Vgl. J. A. Seuffert, einige Bemerkungen über die Kodicillarklausel 1828, Fein Bd. 45 S. 279. Vgl. auch R.G. Bd. 11 S. 232. Die Unterscheidung zwischen agnatischen und kognatischen Verwandten ist höchst sonderbar, sie wird nicht leicht praktisch werden.

1) l. 50 § 1 D. de leg. I.

schuldner werden sich nicht weigern können, das Judikat zwischen den Erbschaftsprätendenten anzuerkennen.[2]

b) Ist rechtskräftig dem Testamente seine Gültigkeit aberkannt, so wirkt dies auch *gegen die Legatare*, da eben das Testament praktisch seine Kraft verloren hat. Vorausgesetzt ist, daß der Testamentserbe im Prozesse mit dem Intestaterben kontradiktorisch verhandelt hat und nicht bloß in Folge seiner Kontumaz verurtheilt ist, und daß keine Kollusion zwischen den Erbschaftsprätendenten nachweisbar ist. Die Legatare sind berechtigt, in dem Erbschaftsstreite zu interveniren und so dessen Ausgang mitzubestimmen.[3]

c) Es ist anzunehmen, daß die Erbschaftsgläubiger wegen ihrer Forderungen den Sieger nicht nur belangen *dürfen*, sondern dies *müssen*, wenn sie nicht ein *materielles Interesse*, z. B. *wegen Insolvenz des Siegers, nachweisen können*, welches sie nöthigt, sich an den Besiegten zu halten. Entscheiden sie sich hierfür, so belasten sie sich natürlich auch mit dem Nachweise, daß der Besiegte in der That der Erbe und also ihr Schuldner sei.[4]

2. Analoge, wenn auch weniger weittragende Sätze treten ein, wenn sich die Erbprätendenten über die Geltung des Testamentes *verglichen* haben.

a) Die Erbschaftsgläubiger sind *berechtigt*, sich an die Erbschaftsprätendenten zu denjenigen Theilen der Erbschaft zu halten, welcher jedem derselben im Vergleiche zuerkannt ist. Die Legatare sind nicht minder befugt, den, welchem vergleichsweise ein Theil der Erbschaft als dem Testamentserben zuerkannt wurde, für diesen Theil in Anspruch zu nehmen.[5]

b) Dagegen kann den Legataren der Vergleich zwischen dem Testamentserben und dem Intestaterben, wodurch dem ersteren die Erbschaft ganz oder theilweise abgesprochen wurde, nicht entgegengehalten werden, wenn sie ihm nicht beigetreten sind. Denn durch Vertrag des Testa-

---

2) arg. l. 15 § 2 D. de inoff. test. 5, 2.

3) l. 50 § 1 D. de leg. I, l. 3 pr. D. de pign. 20, 1, l. 14 D. de appell. 49, 1.

4) Anderer Ansicht einerseits Savigny Bd. 6 S. 475 und andererseits Windscheid Bd. 1 § 132 Anm. 9.

5) l. 14 D. de transactionibus 2, 15. Scaevola libro 2 responsorum: Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? respondit, si idem creditores essent qui transactionem fecissent, id observandum de aere alieno, quod inter eos convenisset: si alii creditores essent propter *incertum successionis* pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est.

mentserben können materielle Rechte der Legatare nicht einseitig verkürzt werden.[6]

c) Die Erbschaftsgläubiger haben sich in erster Linie nach dem Vergleiche zu richten. Soweit aber ihre Rechte hierdurch materiell leiden würden, steht auch ihnen frei, sich über den Vergleich wegzusetzen und den richtigen Erben zu belangen.[7 8]

§ 97. 5. Korrespektive Testamente.[1]

Korrespektive Testamente zeichnen sich namentlich dadurch aus, daß sie aus Gründen ihre Kraft verlieren, welche Testamente anderer Art nicht berühren würden, und daß sie Aufhebungsgründen unzugänglich sind, welche andere Testamente entkräften würden.

Es sind nämlich korrespektiv: Testamente mehrerer zusammen testirender Erblasser, welche sich gegenseitig bedenken und deren Anordnungen sich gegenseitig bedingen.[2 3]

---

6) l. 3 pr. D. eod. 2, 15. Scaevola libro 1 digestorum: Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: „Privatis pactionibus non dubium est non laedi jus ceterorum: quare transactione quae inter heredem et matrem defuncti facta est neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademptae. quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet neglegentiam suam ad alienam injuriam referre."

7) Uebrigens differiren die Ansichten sehr, vgl. Vangerow Bd. 2 § 457; Windscheid Bd. 3 § 566; Dedekind, die Anerkennung gültiger letztwilliger Verfügungen 1872; Brinz Bd. 3 § 379 S. 117.

8) Die hier vertretenen Grundsätze sind entsprechend im Falle eines Streites zwischen mehreren Intestaterben oder angeblichen Testamentserben anzuwenden.

1) Die ältere Litteratur siehe bei Glück Bd. 35 S. 50 und Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 214, vgl. ferner Buchka in d. Zeitschrift f. deutsches Recht Bd. 12 S. 210; G. Hartmann, z. L. v. d. Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten 1860 S. 85; Göz im Archiv f. civ. Praxis Bd. 54 n. 8; Heinzerling im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft n. F. Bd. 10 S. 254, S. 337.

2) Eine bei Testamenten von Ehegatten häufige Formel ist: „daß der Ueberlebende einziger Erbe sein, nach dessen Tode aber das gesammte Vermögen der Ehegatten ohne Unterschied, ob es vom Mann oder der Frau herrührt, unter ihre beiderseitigen nächsten Verwandten zu gleichen Theilen getheilt sein soll." — Ein Hauptzweck ist meist, daß nachdem die Ehe mehr oder minder lange gedauert hat und das, was jedem der Ehegatten gehört, schwer auszumitteln ist, die zeitraubende und zu Prozessen führende Frage hiernach nach dem Tode des Längstlebenden dadurch ausgeschlossen werden soll, daß der gesammte Nachlaß unter die beiderseitigen Verwandten nach Quoten getheilt wird.

3) Windscheid Bd. 3 § 568 Anm. 5 behauptet: „Die Kategorie, welche hier zur Anwendung zu bringen ist, ist nicht, wie die herrschende Ansicht annimmt, die der Bedingung, sondern die der Voraussetzung." Einen Beweis hierfür hat er nicht angetreten. Die Rechtssätze, die er von seiner Grundansicht aus gewinnt, sind künstlich und vielfach bedenklich.

Derartige Testamente waren dem römischen Rechte fremd. Sie verdanken ihren Ursprung deutscher Sitte. Vorzugsweise kommen sie unter Ehegatten vor; unter anderen Personen sind sie möglich, aber selten; doch giebt es Beispiele von Testamenten dieser Art unter Geschwistern.

Korrespektive Testamente sind von gegenseitigen *Erbeinsetzungsverträgen verschieden*. Sie sind wahre Testamente. Dennoch liegt in ihnen, wie sich ergeben wird, ein Vertragselement.

1. Dem korrespektiven Testamente wesentlich ist, daß die Mitteståtoren *gemeinsam in einem Akte* testiren.

Gemeinrechtlich sind gemeinsame Testamente — simultanea — überhaupt — als nicht verboten — zulässig, obgleich eine solche Testirweise dem justinianischen Rechte fremd war.[4] Sie sind daher auch dann verstattet, wenn die Erblasser nicht korrespektiv testiren wollen. Immerhin sind gemeinsame Testamente, die nicht korrespektiv sind, wenig gebräuchlich. Daher nimmt man an, daß gemeinsame Testamente Mehrerer, in denen sie sich gegenseitig bedenken, im Zweifel auch korrespektiv sind. Uebrigens ist es nicht selten, daß sich in korrespektiven Testamenten einzelne Bestimmungen finden, welche diesen Charakter nicht haben, weil der Testator an ihnen ein Interesse nimmt, das unabhängig von dem ist, was der Mitteståtor will und thut.

2. Die korrespektiven Testamente *bedingen sich wechselseitig* der Art, daß, wenn das eine z. B. wegen Geisteskrankheit des einen Testators *als nichtig anzusehen* ist, auch das andere mit ihm errichtete ungültig ist.

3. Jedem der Mitteståtoren steht das Recht des einseitigen *Widerrufes* seines Testamentes frei, sofern er sich nicht ausdrücklich dem andern Theil zum Nichtwiderruf verband, wodurch er in der That einen Erbvertrag schließen würde. Der Widerruf von einer Seite zieht nothwendig das *Zusammenfallen des Testamentes des Mitteståtors* nach sich, soweit dasselbe korrespektiv ist. Das ist die Folge des Grundcharakters derartiger Testamente und ihrer gegenseitigen Bedingtheit.[5]

4. Ist der eine der Testatoren verstorben, so kann der andere das ihm Zugedachte ablehnen. Das zieht die Entkräftung seines Testamentes nicht von selbst nach sich. Doch steht ihm nun der Widerruf desselben

4) Die nov. Valentiniani III tit. 20 §§ 3 und 4 erkennt solche Testamente an; bei Soldatentestamenten kommen sie auch im corpus juris vor, l. 19 C. de pactis 2, 3. Von solchen abgesehen, finden sie sich im justinianischen Rechte nicht.

5) Ganz anders Windscheid a. a. O. Bd. 3 § 568 Anm. 5.

frei. Ein schwieriges Problem aber entsteht, wenn er Erbe des Vorverstorbenen geworden ist. Kann er gleichwohl sein Testament auch dann noch widerrufen? Das behaupten viele Neuere, weil es allgemeines Recht der Testamente sei, daß sie widerrufen werden können.

Doch mit Treu und Glauben und dem, was bei der Abfassung des korrespektiven Testamentes der gegenseitig erklärte Wille der Betheiligten war, würde dies nicht stimmen. Der Ueberlebende würde sich die Vortheile des gemeinsamen Testamentes zu nutze machen und die Opfer, die er hierfür bringen sollte, zurücknehmen.

Man muß es daher als *Vertragswillen* der korrespektiv Testirenden ansehen, daß der Längstlebende, welcher *Erbe des Mittestators geworden* ist, nunmehr seine mit Rücksicht auf den Mittestator, insbesondere zu Gunsten der Verwandten desselben getroffenen Anordnungen nicht mehr zurücknehmen darf. In diesem Sinne liegt allerdings in dem korrespektiven Testamente zugleich eventuell ein Erbvertrag.[6]

Selbstverständlich kann aber das Testament des Längstlebenden noch immer durch Ereignisse entkräftet werden, welche Testamente von Rechtswegen aufheben, insbesondere durch Erwachsen von Notherben in Folge einer weiteren Ehe.[7]

---

6) Diese Ansicht war die der älteren Praktiker, vgl. Hartmann a. a. O. S. 140. Ihr huldigten u. A. Mühlenbruch S. 223, Heinzerling S. 369. Vgl. ferner die bei Stobbe, d. Pr.R. Bd. 5 S. 258 Anm. 36 Citirten. Gegen sie ist u. A. Windscheid Bd. 3 § 558 Anm. 7, dem sie „unkonstruirbar ist" und der mit der Kategorie der „Voraussetzung" operirt. Für die hier vertheidigte Ansicht erklärt sich R.G. Bd. 6 S. 174. Die Streitfrage dürfte damit für die Praxis erledigt sein.

7) Enthält das korrespektive Testament die Bestimmung, daß der überlebende Ehegatte der Erbe des vorversterbenden sein, nach dem Tode des längstlebenden aber die ganze Masse an gewisse Dritte fallen solle, so sind diese *bezüglich der Erbschaft des Vorversterbenden Universalfideikommissare* und *bezüglich der Erbschaft des Ueberlebenden Vulgarsubstituten*. Sind aber nur Vermächtnisse ausgesetzt, so kann man annehmen, daß sie jeder der Mittestatoren für seine Person voll anordnet, dies auch, wenn sie erst nach dem Tode des Längstlebenden auszuzahlen sind. Diese Auffassung hat namentlich um deswillen praktische Bedeutung, weil letztwillige Zuwendungen nur dann Kraft haben, wenn der Bedachte den Tod dessen, welcher ihn honorirt hat, überlebt.

Sechſtes Kapitel.

Die Vermächtniſſe und die Schenkungen auf den Todesfall.[1] [2]

I. Die Vermächtniſſe im Allgemeinen.

A. Das Weſen und die Wirkungen.

§ 98. Begriff der Vermächtniſſe.

Unter den letztwilligen Verfügungen ſind außer den Erbeseinſetzungen die Vermächtniſſe die wichtigſten.

Sie ſind im juſtinianiſchen Rechte ein einheitliches Inſtitut, das Produkt der Verſchmelzung des altcivilen Legates und des jüngeren, freieren Fideikommiſſes.[3] Ohne ſpecielle Beziehung auf dieſen hiſtoriſchen Unterſchied nennt man die Vermächtniſſe in Deutſchland häufig Legate. Auch wir nehmen keinen Anſtand, dieſem Sprachgebrauche zu folgen, wo eine Verwechſelung mit dem ſpecifiſchen altrömiſchen Legate nicht zu fürchten iſt.

Das Vermächtniß entſteht durch die bloße Gunſt des Erblaſſers. Ob Jemand nach ſeinem Tode *beerbt* werden ſoll, unterliegt nicht ſeiner Willkür. Zwar darf er den Erben bezeichnen, geſchieht dies aber nicht, ſo tritt der geſetzliche Erbe ein. Ob dagegen Vermächtniſſe ſein ſollen, unterliegt dem freien Ermeſſen des Erblaſſers, der auch beſtimmt, wem ſie zukommen. Ferner ſind die Vermächtniſſe Vortheile, ohne an ſich mit Pflichten verbunden zu ſein. Denn nur der Erbe hat den Erblaſſer zu

---

1) Von Vermächtniſſen handeln Tit. Inst. II. 20—24, Tit. Dig. de legatis I., II. und III. — das 30., 31. und 32. Buch der Pandekten; — ferner das 33. bis 36. Buch, endlich tit. Cod. 6, 37—54. Von neueren Monographien iſt nur die von Roßhirt vollendet, die L. v. d. Vermächtniſſen 2 Bde. 1835, unvollendet iſt M. S. Mayer, d. L. von den Vermächtniſſen und Fideikommiſſen 1. Abth. 1854, unvollendet auch die Darſtellung von Arndts bei Glück Bd. 46 und 47 und Bd. 48, fortgeſetzt von Salkowski, ebendaſelbſt Bd. 49.

2) In den meiſten neueren Kompendien werden die Vermächtniſſe als ſingulare Zuwendungen an den Schluß des Erbrechts verwieſen, nachdem die Berufung zur Erbſchaft und der Erwerb derſelben vollſtändig dargeſtellt ſind. So bei Puchta und Windſcheid und in ähnlicher Weiſe bei Arndts. Zweifellos iſt dieſe Anordnung logiſch gerechtfertigt, aber ſie hat die Schattenſeite, daß die Lehre von den letztwilligen Verfügungen zerriſſen wird. Wir erachten dies als einen ſchwerwiegenden Nachtheil und halten es daher für richtiger, die Vermächtniſſe im Zuſammenhang mit dem Teſtamentsrechte darzuſtellen, wie dies auch von Gajus II § 191 und in den Inſtitutionen Juſtinians pr. J. de leg. 2, 20 geſchieht.

3) Oben Bd. 3 § 64.

repräsentiren, insbesondere die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen, dem Vermächtnißnehmer liegt derartiges nicht ob.

Die Römer definiren daher das Legat als „donatio testamento relicta" im Wesentlichen zutreffend und schlagend.[4] Freilich wollen das manche Neuere nicht anerkennen. Sie behaupten, daß sich ein genauer positiver Begriff der Vermächtnisse nicht geben lasse, sie seien eben Zuwendungen, die nicht Erbeseinsetzung und nicht Schenkungen von Todeswegen bildeten.[5] Das ist verfehlt.

Vermächtnisse sind auf Kosten des Nachlasses zugewendete Liberalitäten.

1. Sie sind Liberalitäten.[6] Gerade dies stellt man neuerdings in Abrede.[7] Sie seien dies häufig, aber nicht immer: begrifflich wesentlich sei dies Moment nicht. Denn es könne dem Legatar aufgelegt werden, das Vermachte einem Nachvermächtnißnehmer herauszugeben. Dann bleibe ihm nichts. Das sei also keine Liberalität! Doch wenn der Nachvermächtnißnehmer nicht erwirbt, z. B. vor dem Erblasser stirbt, so bleibt das Vermächtniß beim Legatar. Eine unentgeltliche Zuwendung, die nur unter Eventualitäten Bestand behält, ist aber auch eine Liberalität.[8]

Allerdings enthält das Vermächtniß nicht immer eine Vermögensvermehrung, ist also nicht stets causa lucrativa.[9]

Es kann z. B. in Einräumung eines Pfandrechtes, in dem Erlasse

4) So Modestinus libro 8 Pandectarum l. 36 D. de leg. II, sowie § 1 J. h. t. 2, 20; Florentinus libro 11 institutionum, l. 116 pr. D. de leg. I definirt: Legatum est delibatio hereditatis qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.

5) Windscheid Bd. 3 § 623 Anm. 1. Vgl. ferner Hartmann über Begriff und Natur der Vermächtnisse 1872, sowie im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 n. 80. Siehe aber auch die — im Wesentlichen mit den von mir entwickelten Ansichten übereinstimmende — Untersuchung bei Pfaff und Hofmann, Kommentar zum oesterr. bürgerlichen Gesetzbuch, Exkurse Bd. 2 S. 316.

6) Als Liberalität werden in den Quellen die Vermächtnisse nicht selten bezeichnet, z. B. l. 6 D. si cui plus 35, 3 „petitio liberalitatis".

7) Windscheid Bd. 3 § 623 Anm. 5.

8) Die von Windscheid a. a. O. angeführten Stellen sind daher irrelevant. Vgl. l. 17 pr., l. 88 § 1 D. de leg. II. Allerdings ist möglich, daß der zunächst als bedacht Erscheinende nur Zwischenperson sein und kein selbständiges Recht erwerben soll. Dann ist er aber kein Legatar, sondern nur „minister", eine Art von Testamentsexekutor. Nach römischem Rechte hatte er dann kein selbständiges Klagerecht, l. 80 § 1 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

9) Durchaus zutreffend sagt Paulus sent. IV 1 § 1: Ab uxore, cui vir dotem praelegavit, fideicommissum relinqui non potest quia non ex lucrativa causa testamento aliquid capit. Aber daß in solchem Prälegat eine „Liberalität" liegt, hätte Paulus gewiß nicht geleugnet. Daher beruft sich Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 S. 178 mit Unrecht gegen die hier vertretene Ansicht auf diese Stelle.

einer Sicherſtellungspflicht beſtehen. Aber wenn dies auch eine direkte Vergrößerung des Vermögens des Legatars nicht bildet, eine vermögensrechtliche Vergünſtigung liegt darin doch, und zwar nicht ſelten erheblicher Art.

2. Vermächtnißnehmer iſt nur, wem der Erblaſſer etwas in der Abſicht, ihn zu begünſtigen, zutheilt.

a) Kein Vermächtniß iſt das condicionis implendae causa zu Leiſtende, d. h. was zur Erfüllung der Bedingung einer letztwilligen Verfügung Jemandem von bedingt Honorirten zu gewähren iſt, z. B. A. ſoll mein Erbe ſein, wenn er dem B. 1000 ausgezahlt hat.[10] Dem in der Bedingung Genannten wird nichts direkt zugetheilt, er hat kein ſelbſtändiges Recht, iſt alſo nicht Vermächtnißnehmer.

Derartige Verfügungen, heutzutage möglich, aber ſelten, waren in Rom häufig, zum Theil deswegen, weil man durch ſie Perſonen etwas indirekt verſchaffte, denen man direkt von Todeswegen nichts zutheilen konnte. Dieſe Umgehung der Beſtimmungen über Kapacität wurde indeſſen ſpäter unterſagt.[11]

b) Nicht Legatar iſt, wem eine Anordnung Vortheil bringt, falls die Anordnung nicht ſeinethalben geſchah, alſo nicht ihn begünſtigen ſollte. Weiſt z. B. der Erblaſſer den Erben an, die Wucherſchulden ſeines Neffen zu zahlen, ſo iſt nicht der Gläubiger Legatar, ſondern nur der Neffe; nicht der Gläubiger alſo kann auf Zahlung, vielmehr nur der Neffe auf Liberation klagen.[12]

c) Das alte Recht erklärte legata poenae nomine relicta für nichtig, welche den Zweck hatten, auf eine gewiſſe Handlung oder Unterlaſſung des Erben eine Strafe zu ſetzen. Man vermißte die Abſicht der Liberalität gegen den Legatar, welchem die Strafe zukommen ſoll.[13] Juſtinian hat die Ungültigkeit mit Recht beſeitigt.[14] In der That ver-

10) Vgl. Keller, Inſtitutionen S. 357.

11) Die Beſchränkungen der Kapacität wurden auch auf das condicionis implendae causa datum übertragen, l. 9, l. 36 D. de mortis causa don. 39, 6, vgl. aber auch l. 55 D. de cond. 35, 1. Auch in anderen Beziehungen wendete man die die Vermächtniſſe einſchränkenden Formen analog auf das condicionis implendae causa datum an.

12) l. 11 §§ 20 ff. D. de leg. III. Ihering, die Reflexwirkungen in ſeinen Jahrbüchern Bd. 10 S. 254, Brinz Bd. 3 S. 378 Anm. 1 ff. Vgl. aber auch unten § 112 Anm. 17.

13) Gajus Inst. II §§ 235, 243, 288; Ulpian. fragm. XXIV § 17, XXV § 13; Keller, Inſtitutionen S. 368; Vangerow Bd. 2 § 434 II 5 S. 115.

14) § 36 J. de legatis 2, 20, l. un. C. de his quae poenae nomine 6, 41. Tit. Dig. de his quae poenae causa 34, 6. Die Strafe verfällt trotz der Zuwiderhandlung nicht, wenn ſie Geſetzwidriges oder Unſittliches erzwingen ſollte.

bindet ſich hier mit der Abſicht der Strafandrohung gegen den Erben die einer eventuellen Liberalität an den Legatar.

Zu den Vermächtniſſen werden nicht bloß die Singularvermächtniſſe gezählt, ſondern auch die Univerſalfideikommiſſe, alſo die Auflage der Herausgabe der Erbſchaft im Ganzen oder einer Quote derſelben. Indeſſen haben die Univerſalfideikommiſſe eine beſondere Geſtaltung angenommen. Die Vermächtnißtheorie iſt daher zunächſt ohne Rückſicht auf ſie darzuſtellen.

§ 99. Die Rechte aus dem Vermächtniſſe.

Für die Rechtsſtellung des Vermächtnißnehmers iſt eine entſcheidende Frage, ob er bloß ein *Forderungsrecht* erlangt oder *unmittelbar Eigenthümer* des Vermachten wird?

In der klaſſiſchen Zeit beſtimmte der Erblaſſer durch die Form des Vermächtniſſes, ob das Eine oder Andere einzutreten habe.[1] Das legatum per damnationem nämlich, oder sinendi modo relictum, ſowie das Fideikommiß[2] gewährten bloße Forderungsrechte, das Vindikationslegat aber gab dem Legatar unmittelbar dingliches Recht.

Dieſe Unterſcheidungen der Formeln, längſt ohne Wurzeln im Volksbewußtſein, hob Juſtinian völlig auf. *Jeder* Vermächtnißnehmer ſoll *dingliche Anſprüche* und zugleich *Forderungsrechte haben*, vorausgeſetzt, daß der Erblaſſer nicht — was ſehr ſelten vorkommen wird — beſonders deſſen Anſprüche beſchränkte.[3] Hiernach ſind die Rechte der Vermächtnißnehmer jetzt folgende:

1. Der Vermächtnißnehmer hat die *dingliche Klage*, ſobald das Vermächtniß fällig iſt.

Er wird alſo unmittelbar *Eigenthümer* der vermachten *Nachlaßſache* und unmittelbar *dinglich Berechtigter*, wenn ihm ein dingliches Recht anderer Art an der Nachlaßſache vermacht iſt. Natürlich

---

1) Oben Bd. 3 § 64.

2) Die Fideikommiſſe erhielten jedoch in ſpäterer klaſſiſcher Zeit eine Art von dinglichem Schutz durch die missio in rem, welche der Magiſtrat gegen Dritte gewährte, wenn ſie die vermachte Sache in Kenntniß des Fideikommiſſes erwarben. Paulus sent. IV 1 § 15. Eine eingehende Unterſuchung hat E. A. Seuffert, das geſetzl. Veräußerungsverbot bei Vermächtniſſen 1854 S. 17 angeſtellt; vgl. ferner Salkowski a. a. O. S. 618. Juſtinian hob dieſe missio in rem auf, ſiehe unten Anm. 3.

3) l. 1 C. communia de legatis et fideicommissis et de in re missione tollenda 6, 43. § 1. Justinianus: Rectius igitur esse censemus in rem quidem missionem penitus aboleri, omnibus vero tam legatariis quam fideicommissariis unam naturam imponere et non solum personalem actionem praestare, sed

muß es ſich um Sachen handeln, die zum Nachlaſſe des Erblaſſers gehörten.[4] Was unter Befriſtungen oder Bedingungen vermacht iſt, geht dem entſprechend unmittelbar mit Eintritt des Falles auf den Vermächtnißnehmer über, ohne daß dies Verfügungen des Erben hindern können.[5] Ein geſetzliches Veräußerungsverbot verſtärkte noch das Recht des Vermächtnißnehmers.[6]

Doch nur das *Recht ſelbſt* erlangt der Vermächtnißnehmer unmittelbar ohne Mitwirkung des Erben, die Uebertragung des *Beſitzes* ſoll er von dieſem erwarten. Er kann ſie erſt erzwingen, wenn klar iſt, daß dem Vermächtniſſe nicht Anſprüche der Gläubiger der Erbſchaft oder des Erben ſelbſt entgegenſtehen. Daher hat der Erbe, falls ſich der Legatar *eigenmächtig* in den Beſitz geſetzt hat, das interdictum quod legatorum auf Rückerſtattung. Dabei wird die Frage nicht erörtert, ob und inwieweit das Vermächtniß rechtskräftig iſt, ſofern nur der Kläger Kaution wegen der Rückgabe für den Fall ſtellt, daß daſſelbe bei Kräften bleibt.[7]

Dem entſprechend wird der Legatar, wo die modernen Grundbücher beſtehen, zwar unmittelbar *Eigenthümer* des vermachten Grundſtückes, aber die *Eintragung* im Grundbuche und damit die volle Verfügungsmacht über das Grundſtück erhält er nur in Folge

---

etiam in rem, quatenus eis licet easdem res, vel per quodcumque genus legati vel per fideicommissum fuerint derelictae vindicare in rem actione instituenda.

4) Marezoll in Lindes Zeitſchrift Bd. 9 S. 290 will dem Vermächtnißnehmer die dingliche Klage auch dann geben, wenn die vermachte Sache dem belaſteten *Erben* gehört, ja ſelbſt wenn ſie die Sache eines Dritten war, welche derſelbe an ſich brachte. Dies wurde mit Recht von ſpäteren Schriftſtellern verworfen. Allerdings ſpricht ſich Juſtinian ſehr allgemein aus, aber unmöglich iſt es nach dem Wortſinne, jedem Vermächtnißnehmer die actio in rem zu geben, etwa auch wenn die Sache eines Dritten vermacht iſt. Die Verordnung iſt nothwendig in Gemäßheit der allgemeinen Prinzipien zu interpretiren und zu begrenzen. Zweifelsohne dachte Juſtinian nur an den gewöhnlichen Fall, in welchem der Erblaſſer eigene Sachen vermacht. Vangerow Bd. 2 § 532. Selbſtverſtändlich hat der Erblaſſer das Recht, den dinglichen Erwerb auszuſchließen, Windſcheid Bd. 3 § 647 Anm. 2. Zwar widerſpricht Brinz Bd. 3 S. 402. Aber welches öffentliche Intereſſe ſollte an einer zwingenden Norm in dieſer Hinſicht beſtehen!

5) l. 69 § 1 D. de leg. I, l. 11 § 1 D. quemadmodum serv. amitt. 8, 6, l. 105 D. de cond. et dem. 35, 1.

6) l. 3 § 2a C. communia de legatis 6, 43. Die Verſtärkung liegt insbeſondere in dem Ausſchluſſe der ordentlichen Erſitzung gegen den Legatar. Ueber die Stellung des Käufers zum Onerirten ſiehe l. 3 § 2 cit. Ueberhaupt vgl. Seuffert, das geſetzliche Veräußerungsverbot bei Vermächtniſſen, 1854.

7) Tit. Dig. quod legatorum 43, 3. Die Formel des Interdiktes hat Lenel edictum S. 363 zutreffend reſtituirt. Das Interdikt ſtand urſprünglich nur dem bonorum possessor zu. Erſt die juſtinianiſche Kompilation hat es durch Interpolationen — zweckmäßigerweiſe — dem Erben als ſolchem gewährt. Vgl. Lenel a. a. O. S. 362. Vgl. namentlich Ubbelohde, erbrechtliche Interdikte in der Fortſetzung von Glück.

der Bewilligung des Erben oder der Verurtheilung deſſelben zu deren Ertheilung.

2. In allen Fällen hat der Vermächtnißnehmer ferner eine perſönliche Forderung gegen den Belaſteten, mag es ſich nun um Herausgabe einer Nachlaßſache handeln oder um andere Verpflichtungen.[8]

In der altrömiſchen Zeit wurde der aus einem legatum per damnationem auf ein certum Beklagte, wenn er es zur Verurtheilung kommen ließ, auf das Doppelte verurtheilt.[9] Das iſt im juſtinianiſchen Rechte antiquirt. Dagegen ſollte, wer ein frommes Vermächtniß ſchuldete, wenn er der Mahnung des Biſchofs ungeachtet es zum Prozeſſe kommen ließ, das Doppelte zu zahlen haben. Dieſe Strafe des Ungehorſams gegen kirchliche Befehle iſt mit dem heutigen Staatskirchenrecht unvereinbar und antiquirt.[10]

Der Onerirte iſt in der Regel dem Vermächtnißnehmer wegen jeder Verſchuldung haftbar,[11] bleibt ihm aber kein Vortheil aus der Verfügung, nur wegen dolus und culpa lata.[12]

Dem Onerirten ſteht andererſeits ein Recht auf Erſatz nothwendiger oder vorausſichtlich im Sinne des Vermächtnißnehmers gemachter Verwendungen zu.[13]

3. Der Vermächtnißnehmer hat endlich Recht auf Kaution durch Bürgen, wenn das Vermächtniß befriſtet oder aus anderen Gründen noch nicht unmittelbar zahlbar iſt.[14 15].

---

8) l. 1 C. communia de legatis 6, 43, oben Anm. 3.

9) Es galt der Satz „lis infitiando crescit in duplum“, Gajus Inst. IV § 9. Vgl. über die „actio ex testamento“ Lenel, edictum S. 295.

10) §§ 19, 23, 26 J. de actionibus 4, 6. § 7 J. de obl. quasi ex contr. 3, 27 und die reſtituirte l. 45 § 7 C. de episcopis 1, 3. Siehe namentlich L. Seuffert im Archiv für civ. Praxis Bd. 67 S. 363. Aus dem im Texte angeführten Grunde iſt auch die Ungehorſamsſtrafe der nov. 131 cap. 11 abolirt.

11) l. 47 §§ 2 und 4 ff. D. de leg. I, l. 26 § 1, l. 59 D. eod. Salkowski a. a. O. S. 153. Aelteres Recht hat ſich in l. 23 D. de V.O. 45, 1 erhalten. Salkowski a. a. O. S. 222. Dem Belaſteten liegt die Verwahrung ob, heutzutage auch Verſicherung — auf Koſten des Legatars — wenn dies nach den Umſtänden ein ſorgfältiger Menſch nicht verſäumt hätte.

12) l. 108 § 12 D. de leg. I, vgl. Salkowski a. a. O. S. 228.

13) l. 58—61 D. de leg. I. Salkowski S. 526. Hat der Onerirte reſtituirt, ohne Erſatz für ſeine Verwendungen zu beanſpruchen, ſo hat er je nach den Umſtänden des Falles Kondiktionen. Aber auch eine actio negotiorum gestorum wird ihm zuſtehen.

14) Tit. Dig. ut legatorum seu fideicommissorum 36, 3. Die Faſſung der Stipulation ſiehe bei Lenel, edictum S. 421. Das Edikt gehörte bereits der Republik an; Oſilius kannte daſſelbe l. 1 § 15 D. h. t. 36, 3.

15) Der Erblaſſer kann die Verpflichtung zur Kaution erlaſſen, l. 2, l. 7 C. ut in possessionem legatorum 6, 54, der Vermächtnißnehmer auf ſie verzichten, l. 46 D. de pactis 2, 14. Aus perſönlichen Gründen befreit ſind Fiskus und Stadtgemeinden, l. 1 § 18, l. 6 § 1 D. h. t. 36, 3. Eine ſpecielle Dispenſation

Der Zwang zur Kaution war in Rom nur ein indirekter. Wurde sie nicht bestellt, so erhielt der Vermächtnißnehmer missio legatorum servandorum causa in den Nachlaß, damit Retention und Obhut desselben, und prätorisches Pfandrecht.[16] Dazu fügte Caracalla die s. g. missio Antoniniana, d. h. Einweisung auch in das eigene Vermögen des Erben, um sich aus den Früchten bezahlt zu machen, wenn das fällige Vermächtniß nach gerichtlicher Mahnung nicht binnen 6 Monaten bezahlt war.[17]

Heutzutage wird direkt auf die Kaution bei Vermeidung der Sequestration des Nachlasses geklagt. Die Missionen sind der Praxis fremd.[18]

Justinian gab noch ein gesetzliches Pfandrecht an den Nachlaßobjekten.[19] Dies ist im praktischen Rechte auf einen Pfandrechtstitel herabgesunken.

§ 100. Zwecke der Vermächtnisse. Gunst und Ungunst.

Die Vermächtnisse bilden Liberalitäten, die zu den mannigfachsten Zwecken, zu gutem Gebrauch, aber auch zu Mißbrauch dienen können.

Der nächste, ohne Zweifel älteste Zweck ist der einer Ausgleichung innerhalb der Familie. Einem der Söhne das Erbe zu überlassen, war in Rom wie heute vielfach wirthschaftlich und social gerechtfertigt. Die Ausgleichung geschah durch Legate an die übrigen Familienglieder. Der Wittwe namentlich wurde ihre dos und das zu ihrem persönlichen Gebrauch Angeschaffte herkömmlicherweise legirt, Töchter, Enkel und andere Familienglieder erhielten Abfindungen in Form von Legaten.

Ein weiterer hochwichtiger Zweck der Vermächtnisse trat später, und

---

ist ferner in l. 6 C. ad S. C. Trebellianum 6, 49 angeordnet, wozu noch nov. 22 cap. 41 kommt.

16) Tit. Dig. ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat 36, 4. Das Edikt siehe bei Lenel, edictum S. 297.

17) l. 5 §§ 16—21 D. ut in possessionem legatorum 36, 4.

18) Die Ansicht, daß Justinian die missio legatorum servandorum causa in der l. 1 C. communia de legatis 6, 43 aufgehoben habe — Löhr, Magazin für R.W. Bd. 3 S. 195 und Archiv für civ. Praxis Bd. 5 S. 208 Anm. 3 —, beruht auf dem Irrthum, daß die von Justinian dort erwähnte in rem missio mit der missio legatorum servandorum causa identisch sei. Dies wird derzeit allgemein anerkannt. Die missio legatorem servandorum causa wurde in der älteren gemeinrechtlichen Praxis, wenn auch selten, zur Anwendung gebracht, vgl. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 416 Anm. 29. Den heutigen Prozeßgrundsätzen entspricht sie nicht. Sie ist veraltet. Vgl. R.G. Bd. 24 S. 126, Hellmann in den Festgaben für Planck, S. 243.

19) l. 1, l. 2 C. communia de legatis 6, 43. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 328, Salkowski a. a. O. S. 669.

ganz besonders in der christlichen Kaiserzeit in den Vordergrund, nämlich die Förderung öffentlicher Zwecke, insbesondere durch fromme Stiftungen.

Es war zudem in Rom allgemeine Sitte, daß der Erblasser seinen Privatfreunden und Parteigenossen, die ihm während seines Lebens unentgeltliche Dienste geleistet hatten, bei seinem Tode Vermächtnisse aussetzte. Gerade dies geschah oft in übertriebener Weise zum Ruin der Erben, denen nicht das zur Aufrechterhaltung der Stellung der Familie Nöthige übrig blieb. Die Vermächtnisse, wohlthätig in gewissen Schranken, verderblich im Uebermaße, erfuhren vom Rechte seit Alters Gunst und Ungunst.

1. Ohne Zweifel hatte der Prätor die familienrechtlichen Vermächtnisse vorzugsweise im Auge, als er die „satisdatio legatorum servandorum causa" vorschrieb, wie es ja auch bei uns Sitte ist, daß die „Erbgelder" abgefundener Familienglieder sichergestellt werden.[1]

Hohe Gunst war auch die scharfe Klage aus dem legatum per damnationem.[2]

In der christlichen Kaiserzeit wurden die Vermächtnisse zu frommen Zwecken durch zahlreiche Privilegien gefördert.[3]

2. Andererseits trat man der Verschwendung durch Vermächtnisse entgegen.

Alte Rechtsordnung ist, daß Vermächtnisse stets nur so weit gelten können, als der Nachlaß einen Ueberschuß der Aktiven über die Passiven abwirft. Dies wendet man entsprechend auf Nachvermächtnisse an. Sie sind nur so weit gültig, als der Vermächtnißträger etwas vom Erblasser empfangen hat.[4] Justinian gestattet dem Erben die Berufung

1) Oben § 99 Anm. 14. Daß bei der satisdatio und missio legatorum servandorum causa die Legate an die weiblichen Angehörigen der Familie eine besondere Rolle spielten, dafür mag in Betracht kommen l. 14 D. ut in possessionem legatorum 36, 4. Labeo, libro 2 Posteriorum a Javoleno epitomarum: Quae legatorum servandorum causa in bonis est, in causa vescendi deminuet, si filia neptis proneptis uxorve esset nec nupta sit nec suum quicquam habet.

2) Oben S. 192.

3) Es gehört dahin die Verurtheilung des Onerirten auf das Doppelte, wenn er es der bischöflichen Aufforderung unerachtet zur Klage kommen ließ. Darüber vgl. oben § 99 Anm. 10. Ferner, daß bei Vermächtnissen zu milden Zwecken, wenn sie der Onerirte nicht binnen 6 Monaten nach der Bekanntmachung berichtigt, ohne Mahnung Früchte und Zinsen von der Zeit des Todes des Erblassers an zu ersetzen sind, nov. 131 cap. 12. Dann, daß derartige Vermächtnisse dem Abzug der Falcidischen Quart nicht unterliegen, nov. 131 cap. 12. Vgl. Marezoll, z. L. von den Legaten ad pias causas in Lindes Zeitschrift Bd. 5 n. 6.

4) l. 114 § 3 in fine D. de leg. I. Marcianus libro 8 institutionum: placet non plus posse rogari quem restituere, quam quantum ei relictum est, l. 1 § 17 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1, l. 12 C. de testamento militis 6, 21. Immerhin entscheidet Papinianus libro 20 quaestionum l. 70 § 1 D. de leg. II, haec ita si quantitas cum quantitate conferatur, enimvero si pecunia accepta

auf die Inſufficienz des Nachlaſſes jedoch nur, wenn er in gehöriger Weiſe und Zeit ein Inventar errichtete.[5]

Den Erben, welche den Erblaſſer zu repräſentiren haben, glaubte man weiter durch poſitive Geſetze die Mittel zu dieſer Repräſentation ſichern zu müſſen.[6]

a) die lex Furia testamentaria ſetzt das Maximum der Legate und ſonſtigen Gaben von Todeswegen für den einzelnen Honorirten auf die verſchwindend kleine Summe von 1000 Aſſen. Dies abgeſehen von den geſetzlich ausgenommenen Fällen, welche die familienrechtlichen Legate in ſich begriffen.

b) Nach der lex Voconia, — die auch den römiſchen Bürgern erſter Klaſſe die Erbeinſetzung der Frauen verbot — durfte Niemand mehr durch Legat oder ſonſt von Todeswegen bekommen, als dem Erben oder der Geſammtheit der Erben verblieb.[7]

c) Die lex Falcidia — aus der Zeit des zweiten Triumvirats — führte eine Erbſchaftsſteuer ein und hob zugleich die bisherigen die Vermächtniſſe beſchränkenden Geſetze auf. Jedoch ſchreibt ſie vor, daß dem Erben der vierte Theil ſeiner Erbportion frei von Legaten verbleiben muß.[8]

§ 101. Die Falcidiſche Quart.[1]

Bei der Interpretation des Falcidiſchen Geſetzes mußten die Intereſſen des Erben und der Legatare vielfach in Widerſpruch treten. Da

rogatus sit rem propriam quamquam majoris pretii, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto si velit computare, non enim aequitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit legatarius offerat. Vgl. überhaupt Arndts bei Glück Bd. 47 S. 287, Salkowski daſ. Bd. 49 S. 701.

5) Nov. I. cap. 2 § 2, R.G. Bd. 10 S. 121 hat ſich dahin entſchieden, daß der Erbe den Vermächtnißnehmern ſelbſt dann über den Betrag des Nachlaſſes hinaus haſte, wenn ihm der Erblaſſer die Errichtung eines Inventars letztwillig erlaſſen hat. Aber die Novelle hat die geſteigerte Haftung als „poena malitiae“ „quod leges transgressus est“ beſtimmt. Iſt dies für den Erben, welchem der Erblaſſer das Inventar erlaſſen hat, zutreffend?

6) Gajus Iust. II §§ 224 ff.

7) Ueber die bezügliche Beſtimmung der lex Voconia vgl. Fr. Kahn, zur Geſchichte des römiſchen Frauenerbrechts 1884 S. 30.

8) Die lex Falcidia iſt im Jahre 714 der Stadt rogirt worden, vgl. Dio Caſſius lib. 48 cap. 33 in fine. Das betreffende — zweite — Kapitel lautete nach l. 1 pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2: quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantum cuique civi Romano pecuniam jure publico dare legare volet, jus potestasque esto, dum ita detur legatum ne minus quam quartam partem hereditatis eo testamento heredes capiant: eis quibus quid ita datum legatumve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto, isque heres, qui eam pecuniam dare damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.

ſtellte ſich die Jurisprudenz überwiegend auf die Seite des Erben, insbeſondere durch die getrennte Berechnung für Miterben und den Satz, daß nur einzurechnen ſei, was man in der Eigenſchaft als *Erbe* erhielt.

1. Zum Quartabzug berechtigt iſt *nur der Erbe*.[2]

Andere von Todeswegen Bedachte, die mit Vermächtniſſen belaſtet ſind, haben ein *ſelbſtändiges* Recht zum Abzug der Quart *nicht*.[3]

Dagegen *übertragen* ſie den *ihnen gemachten Abzug* verhältnißmäßig auf die Nachvermächtnißnehmer, wenn dies nicht vom Erblaſſer verboten iſt.[4]

Es gilt der wichtige Satz, daß *jeder Miterbe* die Quart für ſich *beſonders* berechnet und abzieht.[5]

Hieraus entſtehen aber ſchwierige, zum Theil höchſt beſtrittene Fragen, falls derſelbe Erbe verſchiedene Portionen erhält.[6]

a) Zuweilen bleibt es dann durchaus bei der *Trennung*. Dies dann, wenn die verſchiedenen Portionen von verſchiedenen Erben erworben waren und ſpäter zufällig, insbeſondere dadurch, daß der eine Erbe den anderen beerbt, in dieſelbe Hand kommen.[7]

b) Zuweilen tritt ſchlechthin *Vereinigung* ein. Dies dann,

---

1) Tit. Inst. de lege Falcidia 2, 22. Tit. Dig. ad legem Facidiam 35, 2, Cod. 6, 50. Dernburg, die Einrechnung in den Antheil des Erben bei der Quarta Falcidia im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 n. 16. Brinz Bd. 3 S. 332—370.

2) Urſprünglich nur der Teſtamentserbe, ſeit Antoninus Pius auch der mit Fideikommiſſen belaſtete Inteſtaterbe, l. 18 pr. D. h. t. 35, 2.

3) Dies gilt auch für den Univerſalfideikomiſſar, l. 47 § 1 D. h. t. 35, 2. Vgl. aber auch l. 57 § 2 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 unten § 123.

4) l. 32 § 4 D. h. t. 35, 2. Maecianus libro 9 fideicommissorum: Si Titio viginti legatis portio per legem Falcidiam detracta esset, cum ipse quoque quinque Sejo rogatus esset restituere, Vindius noster tantum Sejo pro portione ex quinque detrahendum sit quantum Titio ex vingiti detractum esset. Erhielt alſo dieſer Titius in Folge des Quartabzugs nur 15, ſo hat er dem Sejus bloß $3^3/_4$ zu reſtituiren. — Iſt der verkürzte Legatar mit einem Alimentenvermächtniß belaſtet, ſo gilt als Meinung des Erblaſſers, daß die Reduktion nicht auf daſſelbe übertragen wird, l. 25 § 1 D. h. t. 35, 2.

5) l. 77 D. h. t. 35, 2. Gajus libro 18 a. edictum provinciale: In singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse non dubitatur. et ideo si Titio et Sejo heredibus institutis semis hereditatis Titii exhaustus est, Sejo autem quadrans totorum bonorum relictus sit, competit Titio beneficium legis Falcidiae. Betrug alſo die Erbſchaft 400 und es iſt Titius mit Vermächtniſſen zum Belauf von 200 beſchwert, Sejus aber nur bis zum Belauf von 100, ſo iſt Titius befugt, 50 als Quart für ſich abzuziehen, obgleich die Erbſchaft als *Ganzes* nicht überſchwert wäre.

6) Bezüglich der Frage, wie die Falcidiſche Quart zu berechnen ſei, wenn verſchiedene Erbſchaftsportionen an eine und dieſelbe Perſon kommen, vgl. namentlich Bangerow Bd. 2 § 535 und die dort Citirten. Dazu J. Amann, die Berechnung der Falcidia bei Vereinigung mehrerer Erbtheile 1876.

7) l. 1 § 15 D. h. t. 35, 2.

wenn derſelbe Erbe in demſelben Grade auf verſchiedene Portionen, ſei es bedingt oder unbedingt, eingeſetzt war und ſie ſämmtlich erwirbt.[8]

c) Unter Umſtänden bleiben die Portionen *getrennt*, aber der *Ueberſchuß* einer Portion kommt den Legataren einer anderen zu Gute. So iſt es namentlich, wenn ein Miterbe zu ſeiner Urportion durch Akkrescenz[9] noch eine weitere Portion erwirbt.

Den Legataren der Urportion kommt hier der Ueberſchuß der hinzutretenden Portion zu Gute. Im übrigen wird getrennt gerechnet.

Entſprechend iſt der Fall zu behandeln, daß ein Inſtitut die Portion eines Miterben in Folge einer *Subſtitution* zu der ſeinen erwirbt.[10] [11]

---

8) l. 11 § 7 D. h. t. 35, 2 am Schluſſe.

9) l. 78 D. h. t. 35, 2. Die l. 1 § 14 D. eod., welche die *Vereinigung* der Portionen ſpricht, behandelte die caducorum vindicatio. Vgl oben § 92.

10) Bezüglich des Falles, in welchem der Inſtitut zu ſeiner Inſtitutionsportion eine *Subſtitutionsportion* hinzu erwirbt, ſind die Meinungen ſehr getheilt. Vor Allem ſteht die Entſcheidung von Julian in der l. 87 § 4 D. h. t. 35, 2 mit der von Paulus in der l. 1 § 13 D. eod. in Widerſpruch. Die letztere Stelle iſt als maßgebend anzuſehen. Julian geht von einem älteren Rechtszuſtande aus. Denn erſt Sever beſtimmte, daß der Subſtitut überhaupt die dem weggefallenen Inſtituten *perſönlich* auferlegten Vermächtniſſe zu entrichten habe, oben Bd. 3 § 88 Anm. 8. Immerhin wollen dies Viele nicht gelten laſſen. Die Hauptanſichten ſind folgende: a) Manche, z. B. Arndts § 564 Anm. 3, nehmen ſchlechthin *Vereinigung* der Portionen an. Damit würde denn l. 87 § 4 D. h. t. ſtimmen, aber nicht l. 1 § 13 D. eod. Es wäre aber auch das Reſultat ein ſehr auffallendes, wenn die den weggefallenen Inſtituten perſönlich aufgelegten Vermächtniſſe durch dieſen Wegfall wüchſen und von dem Subſtituten ſogar aus ſeiner Inſtitutionsportion zu berichtigen wären. b) Bangerow Bd. 2 § 535 S. 464 nimmt gleichfalls *Vereinigung* der Portionen an, jedoch ſo, daß die Legatare des Weggefallenen *nicht mehr beanſpruchen könnten*, als ihnen der perſönlich Onerirte hätte leiſten müſſen. Nach dieſer Berechnungsweiſe können ſie nichts *lukriren*, wohl aber *verlieren*. Wäre nämlich die Erbportion von A. und B. = 200, A. wäre mit Vermächtniſſen bis 200 belaſtet, B. mit ſolchen bis 150, A. wäre dem B. ſubſtituirt und würde die Subſtitutionsportion zu ſeiner Inſtitutionsportion erwerben, dann ſtünde die Annahme einer Vereinigung der Maſſe von 400 eine Legatenſumme von 350 gegenüber und es wären die dem B. aufgelegten Vermächtniſſe zum Vortheile der Vermächtniſſe, die auf der Inſtitutionsportion des A. ruhen, zu reduciren. Der vermuthlichen Abſicht des Erblaſſers entſpricht dies aber nicht. c) Deshalb nehmen manche Neuere — insbeſondere Brinz a. a. O. S. 358 — an, daß die Portionen *getrennt* bleiben, und daß nur der *Ueberſchuß* der Subſtitutionsportion, den Legataren der Inſtitutionsportion zu gute kommt. Mit anderen Worten: man behandelt den Fall des Hinzukommens einer Subſtitutionsportion wie den einer akkrescirenden Portion. Damit vereinfacht ſich die Lehre wenigſtens einigermaßen.

11) In gleicher Weiſe behandelte man in Rom das Verhältniß, wenn ein Hausvater neben ſeinem Hausuntergebenen zu Erben eingeſetzt war und beide Portionen erwarb. Die Portionen blieben getrennt, aber der Ueberſchuß der Portion des Hausuntergebenen kam den Legataren des Vaters zu gute, l. 21 § 1, l. 25 pr. D. h. t. 35, 2. Dieſer Fall iſt unpraktiſch geworden. Allerdings lehrt Windſcheid Bd. 3 § 653 Ziff. 7: „es komme den Vermächtnißnehmern des Vaters der *Nießbrauch* am Erbtheil des Kindes, welchen Nießbrauch der Vater kraft ſeiner väterlichen Gewalt erwirbt, zu gute“. Doch dieſer Verſuch, einer abgeſtorbenen Beſtimmung Leben einzuhauchen, iſt verfehlt. Denn in die Quart iſt nur einzu-

2. Das Viertel ſeiner Erbportion muß dem Erben frei von Vermächtniſſen, auch von Schenkungen auf den Todesfall und Leiſtungen condicionis implendae causa verbleiben.[12]

Bei der Berechnung iſt der gemeine Werth des Nachlaſſes,[13] und zwar in der Regel nach der Zeit des Todes des Erblaſſers anzuſchlagen.[14]

Auf dieſer Grundlage iſt das „Soll" der Quart und das „Hat" zu ermitteln und zu vergleichen.[15]

a) Zur Feſtſtellung des „Soll" der Quart iſt der Nettobetrag des Nachlaſſes zu berechnen, alſo die Summe des Werthes der körperlichen Erbſchaftsſachen, der Forderungen des Erblaſſers[16] — die an ſeinen Erben inbegriffen —,[17] und anderer Rechte nach Abzug der

---

rechnen, was Jemand als Erbe enthält, nicht was er kraft väterlicher Gewalt erlangt. — Beſondere Zweifel erheben ſich, wenn der Miterbe eines unmündigen Kindes, welcher demſelben pupillariter ſubſtituirt iſt, zu der Inſtitutionsportion die Erbſchaft des Kindes als Pupillarſubſtitut erhält. Dabei iſt maßgebend, daß der Vater nur aus ſeinem Vermögen Vermächtniſſe vergeben kann, daß folgerecht die Quart nur aus dem väterlichen Vermögen nach ſeinem Werthe zur Zeit des Todes des Vaters berechnet wird, daß endlich die Rechtsregel gilt — l. 1 § 5 D. h. t. 35, 2 „in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari", wonach folgerecht die Vermächtniſſe ſämmtlich zuſammenzurechnen ſind, mögen ſie nun dem Beſchwerten als Inſtituten oder als Pupillarſubſtituten obliegen. Hieraus können ſich auffallende Reſultate ergeben. So intereſſant dies nun auch für die Charakteriſtik des römiſchen Erbrechts iſt, für das heutige Recht haben die bezüglichen Sätze eine minimale praktiſche Bedeutung. Es iſt zu verweiſen auf Bangerow im Archiv für civ. Praxis Bd. 36 n. 10 und 12, Bd. 37 n. 13, Brinz a. a. O. S. 351 und andererſeits Amann S. 162 und Windſcheid Bd. 3 § 653 Anm. 11.

12) Die lex Falcidia bezog ſich nur auf Legate. Das S. C. Pegasianum dehnte ſie auf Singular- und Univerſalfideikommiſſe aus, Gajus Inst. II § 254, Severus auf mortis causa donationes und Schenkungen an den Ehegatten, die durch den Tod des Schenkers vor dem Beſchenkten konvaleſciren. l. 32 § 1 D. de don. i. v. et u. 24, 1, l. 5, l. 12 C. h. t. 6, 50, l. 2 C. de mortis causa don. 8, 56 — vgl. unten § 118 Anm. 2 —, endlich Juſtinian auch auf das condicionis implendae causa datum, l. 18 pr. C. h. t. 6, 50.

13) l. 62 § 1, l. 63 pr. D. h. t. 35, 2.

14) l. 73 D. pr. D. h. t. 35, 2. Doch iſt dies nur durch allgemeine Regel. Abſolut feſtgehalten wurde ſie nicht, ſofern beſondere Gründe dafür ſprachen, einen anderen Zeitpunkt zu Grunde zu legen, l. 56 pr. § 1, l. 83 D. h. t. 35, 2.

15) Nach der gewöhnlichen Darſtellung — z. B. von Arndts § 563 — ſoll bei der Berechnung ſo zu verfahren ſein, daß man den Nettobetrag des Nachlaſſes ermittelt, damit auch der Erbportion, und dann die Vermächtniſſe addirt, woraus ſich ergeben ſoll, ob die Quart frei bleibe. So mag man in einfachen Fällen vorgehen. Aber mit Recht macht Brinz Bd. 3 S. 348 darauf aufmerkſam, daß die römiſchen Juriſten eine umſtändlichere Berechnungsweiſe zu Grunde legen, was auch für manche Fragen und Verwickelungen durchaus nicht überflüſſig iſt.

16) Forderungen gegen inſolvente Schulder ſind auf den Betrag zu ſchätzen, welcher beitreibbar iſt, l. 63 § 1 D. h. t. 35, 2, l. 82 D. eod. Wie bei bedingten Forderungen und Schulden zu verfahren iſt, erörtert l. 73 § 1 D. h. t., wie bei Naturalobligationen l. 1 § 17 D. h. t. 35, 2.

17) l. 1 § 18 D. h. t. 35, 2: „quamvis confusione liberetur, tamen locupletiorem hereditatem percipere videtur".

Nachlaßſchulden — auch der gegenüber dem Erben[18] —, der Begräbniß- und Beſtattungs-,[19] der Inventariſirungs- und der Liquidirungskoſten des Nachlaſſes. Durch Diviſion mit der Erbportion und dann durch vier ergiebt ſich die dem Erben gebührende Quart. Vom Erben böslich hinterzogene Nachlaßſachen werden in die Erbſchaftsaktiven nicht eingerechnet, mindern alſo das „Soll" der Quart.[20]

b) Beim „Hat" iſt dem Erben nur anzurechnen, was er *als Erbe* — titulo hereditario — netto aus der Erbſchaft hat.[21] Das ergiebt ſich, wenn man von dem Ertrage ſeiner Erbportion, wie ſie ſich nach Abzug der Erbſchaftslaſten ſtellt, die ihm auferlegten Vermächtniſſe und gleichgeſtellten Laſten abzieht. Dabei werden betagte Vermächtniſſe mit Berückſichtigung des Interuſuriums angeſetzt, ſuspenſiv bedingte zunächſt noch nicht berückſichtigt,[22] lebenslängliche Präſtationen aber in einer Kapitalſumme nach der vermuthlichen Lebensdauer angeſchlagen.[23]

Nicht einzurechnen iſt dem Erben in das „Hat" der Quart, was er aus dem Nachlaſſe, aber nicht als Erbe erhielt, alſo namentlich nicht, was er von Miterben oder Dritten als *Vermächtniß* oder condicionis implendae causa datum oder vom Erblaſſer direkt durch Schenkung auf den Todesfall erlangte.[24] Der Erblaſſer kann jedoch die Anrechnung auch ſolcher Zuwendungen anordnen.[25]

---

18) l. 87 § 2 D. h. t. 35, 2.

19) Es ſind nur angemeſſene und mäßige Koſten für die Beerdigung und ein Grabdenkmal in Abzug zu bringen, l. 1 § 19, l. 2 D. h. t. 35, 2. Vgl. auch l. 6 D. eod.

20) l. 24 D. h. t. 35, 2. Paulus libro 14 responsorum respondit Falcidiae legis rationem si haberi oportet, ita habendam, ac si hae res, quae ab herede subtractae sunt, in hereditate relictae non fuissent. Das erſchien Mommſen ſo unbegreiflich, daß er das „non" zu ſtreichen vorſchlägt, wodurch die Stelle jedoch recht fade würde. Der Sinn iſt aber: die vom Erben unterſchlagenen Sachen werden bei Berechnung des Soll der Quart nicht in Betracht gezogen. Dieſe wird alſo um ſo viel kleiner. Daß die unterſchlagenen Nachlaßſachen in dem „Hat" des Erben ſtehen, iſt ſelbſtverſtändlich. Vgl. Brinz a. a. O.

21) Bezüglich der Früchte, die der Erbe noch von vermachten Objekten zieht, vgl. unten § 122 Anm. 12.

22) l. 45 pr. § 1, l. 73 §§ 1 D. h. t. 35, 2.

23) Eine berühmte Tabelle über die präſumtive Lebensdauer giebt l. 68 D. h. t. 35, 2. So intereſſant ſie hiſtoriſch iſt, ſo hat ſie doch keine praktiſche Bedeutung mehr. Vielmehr müſſen derzeit die auf umfaſſenderen Beobachtungen beruhenden, aus dem heutigen Verhältniſſen geſchöpften Mortalitätstabellen, wie ſie den Lebensverſicherungen zu Grunde liegen, zu Rathe gezogen werden.

24) l. 74 D. h. t. 35, 2: Quod autem dicitur si ex judicio defuncti quartam habeat heres solida praestanda esse legata ita accipere debemus, si hereditario jure habeat: itaque quod quis legatorum nomine a coherede accepit in quadrantem ei non imputatur.

25) Vgl. über das klaſſiſche Recht l. 75, l. 90 D. h. t. 35, l. 11 C. h. t.

Vergleichung zwiſchen Soll und Haben ergiebt, ob die Quart frei oder überſchwert iſt.

3. Soweit die Quart nicht frei iſt, ſind die Vermächtniſſe *nichtig, verkleinern ſich alſo zum entſprechenden Theile von Rechtswegen.*[26] Untheilbare Vermächtniſſe ſind nur gegen Einſchuß der entſprechenden Summe zu entrichten.[27]

Beſteht begründete Beſorgniß einer Ueberſchwerung der Quart in Folge künftiger Ereigniſſe, insbeſondere des möglichen Eintrittes der Bedingung ſuspenſiv bedingter Vermächtniſſe, die vorerſt noch außer Anſatz blieben, ſo ſind die vorläufig quartfreien Vermächtniſſe nur gegen Kaution auszuzahlen.[28]

Der Erblaſſer kann, ohne das Recht des Erben auf die Quart zu verkürzen, verordnen, daß der Quartabzug *in erſter Linie* auf gewiſſe Vermächtniſſe fallen und nur eventuell andere treffen ſoll.[29]

Der Erbe kann auf die Geltendmachung der Quart verzichten.[30]

4. Gewiſſe Vermächtniſſe unterliegen dem Abzug nicht.

Vor allem ſolche, die keine Minderung des Nachlaſſes enthalten.[31]

Außerdem in Folge geſetzlichen Privilegiums Vermächtniſſe, durch welche der Ehemann ſeiner Frau die für ihren perſönlichen Gebrauch von ihm angeſchafften Sachen zuwendet,[32] ferner Vermächtniſſe zu frommen Zwecken[33] und das Vermächtniß des Pflichttheiles.[34]

Die befreiten Vermächtniſſe werden wie Nachlaßſchulden behandelt.[35]

6, 50, Dernburg a. a. O. S. 294. Seit der Novelle 1 kann der Erblaſſer die Einrechnung zwingend vorſchreiben.

26) l. 73 § 5 D. h. t. 35, 2. Iſt der Legatar bereits im Beſitz des Vermachten, ſo kann der Erbe ſeinen entſprechenden Theil vindiciren, l. 26 D. h. t. Er kann, wenn er aus Irrthum zu viel geleiſtet hat, kondiciren, l. 9 C. h. t. 6, 50.

27) l. 80 § 1 D. h. t. 35, 2.

28) Tit. Dig. si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur 35, 3.

29) l. 88 pr. § 1 und 2 D. h. t. 35, 2.

30) l. 19 C. h. t. 6, 50, vgl. l. 15 § 1 D. h. t. 35, 2. Nach nov. 1 cap. 3 ſoll der Erbe, welcher einzelne Vermächtniſſe voll entrichtet, während er weiß, daß ihm das Recht des Quartabzuges zuſteht, ſo angeſehen werden, als ob er damit erkläre, daß er überhaupt auf die Quart verzichte, insbeſondere auch anderen Vermächtnißnehmern gegenüber. Natürlich kann dieſe „Vermuthung" durch Vorbehalt ausgeſchloſſen werden.

31) Es iſt dies namentlich beim ſ. g. Schuldvermächtniſſe der Fall, ſoweit es kein Mehr über den Schuldbetrag gewährt, l. 81 § 1 D. h. t. 35, 2.

32) l. 81 § 2 D. h. t. 35, 2, vgl. namentlich l. 45 D. de leg. III.

33) nov. 131 cap. 12.

34) l. 87 pr. § 4 D. de leg. II, l. 36 pr. § 1 e C. de inofficio test. 3, 28.

35) Es iſt nicht zu verkennen, daß dieſe Weiſe der Rechnung indirekt auch den nichtbefreiten Vermächtniſſen zu gute kommen kann. Allein die römiſchen Juriſten

5. Das Recht der Falcidiſchen Quart erlitt eine vollſtändige Umwälzung durch die Novelle von Juſtinian.

Die lex Falcidia bezweckte eine Beſchränkung des Erblaſſers. Sie war zwingendes Recht, ſo daß er ſie nicht ausſchließen konnte.[36]

Die Novelle 1 aber verſtattete dem Erblaſſer anzuordnen, daß die Vermächtniſſe einer Reduktion mit Rückſicht auf die Falcidiſche Quart nicht unterliegen ſollen.[37]

Außerdem beſtimmte die Novelle 1, daß das Recht des Erben zum Abzug der Quart wegfalle, wenn er nicht ein gehöriges Inventar über den Beſtand des Nachlaſſes rechzeitig errichtet habe.[38]

B. Errichtung der Vermächtniſſe.

§ 102. 1. Der Errichtungsakt.

Vermächtniſſe können angeordnet werden:[1]

a) in einem Teſtamente,

b) in einem Kodicille, ſei es nun ein teſtamentariſches oder ein Inteſtatkodicill,

c) als Oralfideikommiſſe.

Formloſe Verfügungen anderer Art mögen eine natürliche Verbindlichkeit des Erben begründen. Rechtliche Bedeutung erhalten ſie aber nur, wenn ſie der Erbe erfüllt oder ſich in bindender Weiſe zur Erfüllung verpflichtet.[2]

---

haben ſie anerkannt, und zwar in einem jetzt antiquirten Falle in l. 18 pr. De de test. mil. 29, 1. Die Entſcheidung iſt dort offenbar nicht mit Rückſicht auf den beſprochenen Fall, vielmehr im Intereſſe der Einfachheit getroffen. Sie iſt daher bei allen von der Quart geſetzlich befreiten Vermächtniſſen anzuwenden. Windſcheid Bd. 3 § 652 Anm. 24 will dies namentlich bezüglich der Vermächtniſſe zu milden Zwecken nicht gelten laſſen. Mit Unrecht. Es handelt ſich im Grunde um rein poſitive Beſtimmungen. Die ganze Lehre iſt ſchon verwickelt genug. Immer mehr zu diſtinguiren iſt vom Uebel. Die herrſchende Anſicht ſtimmt hiermit überein. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 538 a. E.

36) Vgl. Dernburg a. a. O. S. 297.

37) Die Novelle 1 cap. 2 § 2 ſchließt den Abzug aus, wenn dies der Erblaſſer „expressim“ als ſeinen Willen erklärt hat. Manche verlangen hiernach eine wörtliche Erklärung dieſes Inhalts, dies iſt aber nicht anzunehmen, es genügt, daß aus der Verfügung die beſtimmte Abſicht des Erblaſſers erhellt, die geſetzliche Regel des Quartabzugs auszuſchließen. R.G. Bd. 22 S. 229 und dort Citirte. Nicht genügen kann alſo, wie Manche annehmen, daß der Erblaſſer nicht im Irrthum darüber war, daß er dem Erben durch ſeine Vermächtniſſe mehr als ¾ entziehe.

38) Vgl. nov. 1 cap. 2 § 2, oben Bd. 3 § 100 Anm. 5.

1) Vgl. oben Bd. 3 §§ 70 ff.

2) R.G. Bd. 8 S. 314.

In zweifelhaften Fällen hat die Auslegung den Willen des Erblassers zu ermitteln, ohne an den Wortsinn gebunden zu sein.

Läßt sich nicht feststellen, welches von mehreren Objekten vermacht sein sollte, so gilt das minderwerthige als vermacht.[3][4]

§ 103. 2. Die Subjekte der Vermächtnisse.

Drei Subjekte sind dem Vermächtnisse nöthig, der Erblasser, der es anordnet, der Honorirte, der es empfängt, der Onerirte, welchem es obliegt.

1. Das Vermächtniß anordnen kann jeder Erblasser, wenn er testirfähig ist.[1]

2. Fähig mit Vermächtnissen bedacht zu werden ist jede Person, auch eine künftige für den Fall ihrer Existenz. Auch dem Erben können Vermächtnisse zugewendet werden.[2]

Sind mehrere Personen zusammen bedacht, so theilen sie sich in das Vermachte in der Regel nach Köpfen.[3]

Sind sie alternativ bedacht, so sind sie in der Regel korrealiter berechtigt.[4] Denn nach Sprachgesetzen kann nicht, wie Justinian will, das „oder" als „und" ausgelegt werden.[5]

Ist Einem aus einem Kreise von Personen vermacht, so kann der Belastete leisten, wem er will. Im Falle der Nichtleistung haben alle Betheiligte insgesammt zu klagen.[6]

3. Was den Onerirten anlangt, so ist:

a) Jeder belastungsfähig, wer von Todeswegen aus dem Vermögen des Erblassers etwas erhält, was dieser im *zutheilte* oder *willkürlich entziehen konnte*.[7]

---

3) l. 39 § 6 D. de legatis I, l. 75 D. leg. III.

4) Zu beachten ist auch die Regel: in legatis novissimae scripturae valent. l. 12 § 3 D. de leg. I. Vgl. ferner Schrader im Archiv für civ. Praxis Bd. 33 n. 1: „Wenn in zwei mit einander geltenden letztwilligen Verordnungen demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht ist" u. s. f.

1) Oben Bd. 3 § 67.

2) Ueber die Prälegate zu Gunsten des Erben siehe unten § 115.

3) Dies nach den allgemeinen Regeln des römischen Rechtes, l. 19 § 2 D. de leg. I. Sind Erben, welche zu ungleichen Theilen eingesetzt sind, mit Vermächtnissen bedacht, so gilt zwar gleiche Theilung des Vermächtnisses als Regel, doch wird in diesem Fall oft die Absicht einer Theilung nach dem Verhältniß der Erbtheile aus der Sachlage erhellen, l. 24 und l. 25 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

4) l. 16 D. de leg. II. Vgl. oben § 78 Anm. 12.

5) Oben Bd. 3 § 78 Anm. 12.

6) l. 17 § 1, l. 24, l. 25, l. 67 § 7, l. 77 § 4 D. de leg. II. Arndts bei Glück Bd. 46 S. 416.

7) l. 1 § 6 D. de leg. III. Ulpianus libro 1 fideicommissorum: Sciendum

Dies in Gemäßheit der Lehre der Fideikommiſſe, während Legate nach klaſſiſchem Rechte nur den Teſtamentserben aufgelegt werden konnten.[8]

Es können alſo belaſtet werden: Inteſtat- und Teſtamentserben, der Fiskus, der an Erbesſtatt ſteht, Vermächtnißnehmer, auf den Todesfall widerruflich Beſchenkte,[9] wer condicionis implendae causa etwas empfing,[10] und die Erben aller dieſer Perſonen.[11]

b) Sofern der Erblaſſer nichts Beſonderes verfügt hat, gelten ſeine Erben als mit den Vermächtniſſen onerirt.[12]

Und zwar ſind ſie in der Regel getheilt, nach dem Maße der Erbtheile.[13] Natürlich kann der Erblaſſer aber auch in dieſer Hinſicht Anderes beſtimmen, die Erben namentlich nach Kopftheilen belaſten oder ſolidariſch haften laſſen. Auch die Untheilbarkeit des Gegenſtandes kann eine Art ſolidariſcher Verpflichtung des Belaſteten bewirken.[14]

Vielverhandelte Streitfrage iſt, ob Theilung nach Köpfen einzutreten habe, wenn der Erblaſſer alle oder einzelne ſeiner Erben bei der Belaſtung mit ihrem Namen aufführt. Dann ſeien ſie — dies war die Meinung mancher römiſcher Juriſten — als Individuen und nicht als Erben belaſtet, woraus ſich die Abſicht der Kopftheilung ergebe. Paulus hat jedoch dieſe Auffaſſung zurückgewieſen. Mit Recht; ſie iſt überfein und beruht auf der Unterſtellung eines Raffinements des Teſtators, welche ſchon zur Zeit des Paulus gewiß nicht oft zutraf, heutzutage aber ganz ſicher nicht zu vermuthen iſt. Will der Erblaſſer Verhaftung ſeiner Erben nach Kopftheilen, ſo mag er dies ausſprechen.[15]

---

est autem eorum fidei committi quem posse, ad quos aliquid perventurum est morte ejus vel dum eis datur vel dum eis non adimitur. — Nicht belaſtet kann werden, wer etwas aus dem Nachlaſſe „fortuito, non judicio testatoris“ erhält, l. 6 § 1 D. de leg. III, oder gegen deſſen Willen, l. 31 C. de fideicommissis 6, 42. Ferner auch nicht, wer zwar einen Vermögensvortheil, aber keine Vermögensvermehrung durch das Vermächtniß erhielt. Vgl. die oben Bd. 3 § 98 Anm. 9 abgedruckte Stelle.

8) Gajus Inst. II § 271.

9) l. 3 pr. D. de leg. III, l. 77 § 1 D. de leg. II, l. 9 C. de fideicommissis 6, 42.

10) l. 96 § 4 D. de leg. I.

11) l. 5 § 1, l. 6 pr. D. de leg. III.

12) Sehr häufig war die Formel „quisquis mihi heres heredesque erunt“, l. 86 pr. D. de cond. et dem. 35, 1, l. 3 D. de leg. I. Siehe weiter Briſſonius de formulis liber VII cap. 137 ff. Doch genügt, daß Niemand ſpeciell als Onerirter bezeichnet iſt, damit als onerirt gilt, wer Erbe wird.

13) l. 33 pr., l. 44 pr. D. de leg. II.

14) Vgl. oben Bd. 2 § 24.

15) Die römiſchen Juriſten ſind in offenbarem Widerſpruche. Das eine Extrem

§ 104. 3. Gegenstand der Vermächtnisse. Regula Catoniana.

Gegenstand des Vermächtnisses kann jeder Vermögensvortheil sein. Nach seinem Gegenstande differenziren sich die Vermächtnisse. Hiervon wird in dem speciellen Theile der Lehre die Rede sein.

Die Schranken sind durch die allgemeinen Rechtsprincipien gegeben.

1. Nichtig sind Leistungen unsittlichen Charakters, wie auch gesetzlich verbotene.[1] [2]

2. Nichtig sind ferner unmögliche Vermächtnisse.

Dahin gehört das Vermächtniß einer res extra commercium.[3]

Es ist auch nicht etwa dessen Geldwerth zu leisten. Denn der Onerirte ist angewiesen, eine Sache und nicht Geld zu gewähren.

Ferner ist nichtig das Vermächtniß einer Sache, welche der Legatar nicht erwerben kann — deren commercium er für seine Person nicht hat —, obgleich sie objektiv nicht außer Verkehr ist.[4]

---

vertritt Neratius libro 5 membranarum, l. 124 D. de leg. I: Si heredes nominatim enumerati dare quid damnati sunt, propius est, ut viriles partes debeant, quia personarum enumeratio hunc effectum habet, ut exaequentur in legato praestando, qui, si nominati non essent, hereditarias partes debituri essent. Eine Mittelmeinung spricht Pomponius aus libro 8 ad Sabinum, l. 54 § 3 D. de leg. I: Si pars heredum nominata sit in legando, viriles partes heredes debent, si vero omnes hereditarias. Weiter aber geht Paulus libro 8 ad Plautium, l. 17 D. de duobus reis 45, 2: Sive a certis personis heredum nominatim legatum esset sive ab omnibus excepto aliquo, Atilicinus Sabinus Cassius pro hereditariis partibus totum eos legatum debituros ajunt, quia hereditas eos obligat. item est quum omnes heredes nominantur. Die zahlreichen gezwungenen, zum Theil lächerlichen Vereinigungsversuche führen Bangerow Bd. 2 § 521 Anm. 3 und Arndts bei Glück Bd. 47 S. 228 an. Alle diese Versuche sind gescheitert. Der Widerspruch läßt sich nur historisch erklären. Die ältere römische Jurisprudenz nahm an, daß dann, wenn Erben mit ihrem Namen als belastet aufgeführt wurden, nur Kopftheile geschuldet würden, vgl. die Ansicht des Labeo in l. 8 § 1 D. de statu liberis 40, 7 bei einem verwandten Falle. Sie wurde hierzu wohl vorzugsweise durch Folgendes bestimmt: Die regelrechte Belastungsformel war „quisquis mihi heres heredesve erunt do lego“ oder „dare damnas esto“. Eine Abweichung von der typischen Formel, eine Benennung der Erben mit Namen bei der Belastung war etwas Besonderes; man schloß hieraus, daß der Erblasser hierbei auch etwas Besonderes gedacht haben müsse. Dieser Schluß war bei der Sorgfalt der Konception der Testamente in alter Zeit nicht unberechtigt. Paulus aber legt auf die Bezeichnung mit Namen kein Gewicht mehr. Dafür konnte er sich auf keine Autorität berufen, wohl aber auf die Erfahrung. Den Erblassern seiner Zeit waren solche subtile Abwägungen der Worte im Durchschnitt fremd. Paulus als unabhängiger und vorurtheilsloser Geist brach daher mit einer Präsumtion, die früher vielleicht berechtigt, zu seiner Zeit bei der Mehrzahl der Testamente eine Verkehrtheit geworden war.

1) l. 112 § 3 D. de legatis I.

2) In Rom war verboten „quae aedibus juncta sunt“ zu vermachen, und zwar im Interesse der Erhaltung der Gebäude und der Städte, l. 41 § 1, l. 43 pr. D. de leg. I; Bachofen, ausgewählte Lehren S. 302. Das ist nicht recipirt.

3) § 4 J. de leg. 2, 20.

4) l. 49 § 2 D. de leg. II. Paulus libro 5 ad legem Juliam et Papiam:

Nichtig ist endlich wegen Unmöglichkeit das Vermächtniß einer Sache, welche dem Legatar zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses bereits gehört hat.[5] War jedoch die Meinung, daß dem Legatar gewisse Ansprüche, welche der Erblasser oder auch ein Anderer bezüglich der Sache hat, überlassen, oder vielmehr, daß er von den bezüglichen Belastungen befreit werden soll, so steht dem Vermächtniß natürlich nichts entgegen.[6]

Es erhebt sich die Frage, ob das unmögliche Vermächtniß dadurch gültig wird, daß die Erfüllung vor dem Tode des Erblassers möglich wird. Vorzugsweise mit Rücksicht auf diese Frage bestand seit Alters die regula Catoniana.[7]

Sie lautet: welches Legat ungültig wäre, wenn der Testator im Augenblicke der Testamentserrichtung verstorben wäre, wird nicht gültig, mag er auch später versterben.[8]

Labeo refert agrum cujus commercium non habes legari tibi posse Trebatium respondisse, quod merito Priscus Fulcinius falsum esse ajebat. Wie damit l. 40 D. de leg. I Ulpianus libro 2 fideicommissorum zu vereinigen sei, ist sehr streitig: Sed si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus possidendi non est per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi. Sehr einfach ist es, mit Cujacius — bei Arndts § 547 Anm. citirt — und Mommsen ad h. l. das „non" nach „possidendi" zu streichen. Nur sind die Basiliken wie die Florentina dagegen. Auch ist schwer begreiflich, warum sich Ulpian für den hiernach entstehenden Satz nicht mit größerer Bestimmtheit ausspricht. Ich halte die Erklärung Bangerows Bd. 2 § 525 für vollkommen befriedigend, welcher das entscheidende Gewicht darauf legt, daß es sich in dem von Ulpian besprochenen Falle um eine dem Erblasser und dem Onerirten fremde Sache handelt. Der Onerirte, welcher seinerseits in der Lage und bereit ist, dem Legatar die vermachte Sache zu geben, kann natürlich nicht angehalten werden, statt derselben Geld zu zahlen, wenn der Legatar die Sache nicht empfangen kann. Ganz anders steht es aber, wenn der Onerirte die Sache erst erwerben muß, also für sie Geld aufzuwenden hat. Er kann sich gewiß nicht beschweren, wenn er die Summe dem Honorirten direkt auszahlen muß, die er, wenn der Legatar das commercium der Sache hätte, dem Eigenthümer der Sache zu bezahlen hätte.

5) § 10 J. de leg. 2, 20.

6) l. 71 § 5, l. 86 § 4 D. de leg. I.

7) Tit. Dig. de regula Catoniana 34, 7; Arndts, civ. Schriften Bd. 2 S. 485; Rivier, de discrimine, quod inter reg. Cat. Berlin 1858; Machelard, sur la règle Catonienne 1862. Enneccerus, Rechtsgeschäfte S. 226. Von welchem der Catonen die Regel herrührt, ist durchaus ungewiß. Ueber die Frage, ob die Regel noch im justinianischen Rechte Geltung habe, vgl. Bangerow Bd. 2 § 540 IV.

8) l. 1 pr. D. h. t. 34, 7. Celsus libro 35 digestorum Catoniana regula sic definit: quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocumque decesserit non valere. Die regula Catoniana ist der Regel der l. 29 D. de reg. jur. 50, 17 verwandt „quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere". Aber sie ist eine besondere Ausgestaltung desselben Grundgedankens. Sie bezieht sich nur auf solche Mängel, welche den Inhalt der Anordnung betreffen, und nicht auf Mängel des Errichtungsaktes als solchen. Windscheid Bd. 3 § 638 Anm. 6, Arndts § 550 Anm. 1.

Aber dieſe Regel, wonach, was ungültig iſt, für immer ungültig bleibt, findet auf bedingte Vermächtniſſe keine Anwendung.[9] [10]

C. Aufhebung der Vermächtniſſe.

§ 105. 1. Entkräftung von Teſtament oder Kodicill.

Vermächtniſſe werden ungültig, wenn das Geſchäft, mittels deſſen ſie errichtet ſind, überhaupt ſeine Kraft verliert.

1. Dies gilt vor Allem dann, wenn das Teſtament unwirkſam wird, welches ſie anordnet.[1] Mit dem Teſtamente fallen auch die teſtamentariſchen Kodicille und die in ihnen angeordneten Vermächtniſſe zuſammen.[2]

Die Vermächtniſſe bleiben jedoch bei Kräften:

a) in Folge einer Kodicillarklauſel, durch welche eventuell die Entrichtung den Inteſtaterben aufgelegt iſt;[3]

b) wenn der Erblaſſer die Erbeseinſetzungen ausſtreicht oder verlöſcht, in der Abſicht, ſie zu widerrufen, die Vermächtniſſe aber ſtehen läßt, um ſie zu erhalten, ſo haben ſie die Inteſtaterben zu entrichten.[4]

c) Das prätoriſche Edikt „si quis omissa causa testamenti“ ſchützt die Vermächtnißnehmer gegen den Dolus der Erben, welche

---

9) l. 3 D. h. t. 34, 7, l. 41 § 2 D. de leg. I. Ueberhaupt bezieht ſie ſich nicht auf . . ea legata quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem. Auch auf Erbeseinſetzungen ſoll die Regel nicht bezogen werden.

10) Das Vermächtniß einer dem Legatar gehörenden Sache insbeſondere wird daher gültig, wenn es ein bedingtes iſt und wenn die Sache dem Legatar zur Zeit der Erfüllung der Bedingung nicht mehr gehört, l. 98 D. de cond. et dem. 35, 1. In der l. 1 § 2 D. h. t. 34, 7 ſind die Worte: „si eum alienaveris“ als Theil der Vermächtnißanordnung aufzufaſſen, die alſo eine bedingte war. So beſeitigt ſich der anſcheinende Widerſpruch mit anderen Entſcheidungen. Bangerow Bd. 2 § 536 S. 436 und dort Citirte. Andere in den Quellen erwähnte Anwendungen der Regel ſind unpraktiſch geworden. Vgl. über ſie Windſcheid Bd. 3 § 638 Anm. 4. — Die Neueren lehren meiſt, daß das Vermächtniß einer res extra commercium unter die regula Catoniana nicht falle, vielmehr auch als ein bedingtes ungültig ſei: Windſcheid a. a. O. Anm. 7 und dort Citirte. Das iſt gewiß verfehlt. Es vermacht z. B. Jemand einen öffentlichen Platz unter der Bedingung, daß ihn die Gemeinde abtritt, oder einen Theil des Feſtungsterrains für den Fall der Entfeſtigung. Aber natürlich, wenn Jemand z. B. das Gebäude der Berliner Univerſität vermachen wollte, dann wäre zu ſagen „furiosi est talia legata testamento adscribere“. l. 39 § 8 D. de leg. I.

1) l. 9 D. de testamentaria tut. 26, 2. Pomponius libro 3 ad Quintum Mucium: Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his quae testamento scripta sunt.

2) l. 3 § 2 D. de codicillis 29, 7.

3) Vgl. oben Bd. 3 § 95.

4) l. 2 D. de his, quae in testamento delentur 28, 4. So auch Windſcheid Bd. 3 § 641 Anm. 4. Vgl. oben § 94.

die Erbſchaft ausſchlagen, um ſich oder Dritten den Nachlaß frei von Vermächtniſſen zu verſchaffen.

Der Erbe und der mit ihm Kollubirende haften in Folge des Edikts, ſoweit ſie Erbſchaftswerthe hinter ſich haben oder dolos aufgeben, den Vermächtnißnehmern.[5]

2. Inteſtatkodicille fallen zuſammen, wenn der Erblaſſer hinterher ein Teſtament errichtet, ſofern er ſie nicht aufrecht erhält. Die Erhaltung muß nicht ausdrücklich, ſie kann auch indirekt erklärt ſein.[6]

3. Mehrere Kodicille, die verſchiedenen Zeiten angehören, gelten

5) Tit. Dig. si quis omissa causa 29, 4, Cod. 6, 39. Lenel, edictum S. 292 rekonſtruirt das Edikt mit annähernder Sicherheit folgender Geſtalt: si quis omissa causa testamenti ab intestato hereditatem partemve ejus possidebit dolove malo fecerit, quo minus possideat, causa cognita de legatis perinde actionem dabo atque si hereditatem ex testamento adisset. Die hiernach aufgeſtellte Klage war fikticiſch. Die Interpretation hat die Ediktsnorm ſehr erweitert. So haftet den Legataren der Teſtamentserbe, welcher „pretio accepto“ die Erbſchaft ausſchlug, um ſie dem Inteſtaterben zuzuwenden. Jedoch ſoll er erſt nach dieſem belangt werden, l. 2 D. h. t. 29, 4.

6) Viele behaupten, daß ein früheres Inteſtatkodicill ohne weiteres als Teſtamentskodicill beſtehen bleibe, wenn eine Willensänderung des Erblaſſers nicht erweislich ſei, ſo daß alſo im Zweifel die Errichtung eines Teſtamentes die Aufhebung früherer Kodicille nicht mit ſich bringe: Fein bei Glück Bd. 44 S. 168; Sonnenſchmidt, neue Erörterungen S. 153; Windſcheid Bd. 3 § 640 Anm. 7. Dagegen ſpricht l. 5 D. de jure codicillorum 29, 7. Papinianus libro 7 responsorum: Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento quod postea factum est vel codicillis confirmentur aut voluntas eorum quocumque indicio retineatur: sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit. Allerdings ſcheinen die Inſtitutionen dieſe Stelle zu reprobiren. § 1 I. de codicillis 2, 25: Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed et intestatus quis decedens fieicommittere codicillis potest. sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere, quam si speciali postea voluntate confirmentur. sed divi Severus et Antoninus rescripserunt ex his codicillis qui testamentum praecedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum, qui testamentum fecerat, a voluntate quam codicillis expresserat non recessisse. In Wahrheit iſt kein Widerſpruch zwiſchen den Stellen vorhanden. Mochte Papinian, wie die Inſtitutionen erzählen, früher eine „specialis confirmatio“ der Inteſtatkodicille verlangt haben, in der l. 5 cit. iſt dies nicht der Fall. Er erklärt hier für genügend, daß in irgend einer Weiſe der Wille der Aufrechterhaltung des Inteſtatkodicilles erkennbar ſei. — Da die responsa erſt unter der Mitregentſchaft von Severus und Antonius und, wie es ſcheint, gegen den Schluß dieſer Epoche verfaßt ſind — Fitting, Alter der Schriften römiſcher Juriſten S. 31 —, ſo hat es nichts Befremdendes, daß ſich Papinian dem Reſkript ſeiner Kaiſer konformirt. Etwas Anderes beſagen die Inſtitutionen auch nicht, es muß „apparere“, daß der Teſtator nicht von ſeinem früheren Willen abgeſtanden iſt. Eine geſetzliche Vermuthung für den Fortbeſtand dieſes Willens ſprechen die Kaiſer nicht aus. Sie würde ebenſoſehr dem Geiſte des römiſchen Teſtamentsrechtes als der Lebenserfahrung widerſprechen. Denn der Teſtator, welcher ein förmliches Teſtament macht, will in der Regel eine neue Regulirung. — Zur Zeit des Severus waren die Fideikommiſſe formlos. Welche Konfuſion hätte entſtehen müſſen, wenn jeder frühere Zettel, auch wenn er im Teſtamente nicht direkt oder indirekt beſtätigt war, daneben Geltung beanſprucht hätte. Hiernach verſteht es ſich von ſelbſt, daß auch ein früheres mit der Kodicillarklauſel verſehenes Teſtament nach Verfertigung eines neuen Teſtamentes nur dann als Kodicill Geltung hat, wenn

neben einander. Nur insoweit das spätere dem Inhalt des früheren widerspricht, ist letzteres aufgehoben.[7]

§ 106. 2. Besondere Gründe der Aufhebung der Vermächtnisse.

Die Vermächtnisse verlieren ferner ihre Kraft, theils um deswillen, weil sie sich nicht bestimmungsgemäß verwirklichen lassen, theils durch Widerruf des Erblassers.

1. Fälle der ersten Art sind:

a) Der Honorirte stirbt vor dem Tode des Erblassers oder dem etwaigen späteren Eintritte des dies cedens,[1] oder er wird vorher erwerbsunfähig, z. B. die bedachte Korporation verliert die Korporationsrechte.

b) Der Onerirte fällt weg, ohne daß ein Anderer an seine Stelle tritt.

In der Regel ist freilich beim Wegfalle des Onerirten das Vermächtniß von dem zu erfüllen, welcher das dem Weggefallenen Zugewendete erwirbt oder behält. Dies ist aber nicht ausnahmslos. Es gilt namentlich dann nicht, wenn es sich um höchstpersönliche Leistungen handelt, ferner nicht im Falle entgegenstehender Bestimmungen des Erblassers.[2]

c) Das Vermächtniß kann aus Gründen, die in seinem Gegenstande liegen, nicht geleistet werden.

Dies ist namentlich der Fall, wenn die vermachte Sache untergeht.[3]

---

es in demselben bestätigt oder doch indirekt anerkannt ist. Vgl. Arndts § 551 Anm. 2.

7) § 8 J. de codicillis 2, 25, l. 6 § 1 D. eod. 29, 7.

1) Vgl. unten Bd. 3 § 107.

2) Francke, Beiträge, Abh. 6: „Wann werden Vermächtnisse ungültig durch Wegfall des damit Beschwerten"; Arndts bei Glück Bd. 47 S. 265. Es wurde oben Bd. 3 § 88 Anm. 8, § 92 Anm. 4 hervorgehoben, daß die dem instituirten Erben persönlich auferlegten Vermächtnisse in der Regel als von dessen Substituten für den Fall seines Eintrittes widerholt gelten, desgleichen die dem wegfallenden Miterben aufgelegten von dessen Akkrescenzerben. Nachvermächtnisse hat der Erbe zu entrichten, wenn der Vorvermächtnißnehmer nicht erwirbt, l. 29 pr. D. de leg. II. Aber die einem Intestaterben persönlich aufgelegten Vermächtnisse soll, wenn er nicht Erbe wird, der nachfolgende Intestaterbe nicht zu prästiren haben, l. 1 § 9 und 10 D. de leg. III. Siehe jedoch Kohler im Archiv f. civ. Praxis Bd. 59 S. 98, gegen ihn Windscheid B. 3 § 639 Anm. 10. Ferner liegen dem Kollegatar re tantum conjunctus die seinem Kollegatar aufgelegten Vermächtnisse nach der römischen Theorie nicht ob, vgl. unten § 113.

3) Der Belastete ist zur Entschädigung verpflichtet, wenn er an dem Untergang die Schuld trägt, soweit er hierfür nach den allgemeinen Grundsätzen einsteht. Ohne Rücksicht auf Verschuldung hat er den Sachwerth zu ersetzen, wenn er den Untergang durch seine freie Handlung nach dem Tode des Erblassers herbeigeführt hat,

Tritt an deren Stelle ein neues Werthobjekt und ist dies im Nachlasse noch vorhanden, so besteht nach der vermutheten Absicht des Erblassers das Legat in der Regel fort.[4]

Erhält ferner der Vermächtnißnehmer die vermachte Sache *unentgeltlich von anderer Seite*, so geht das Vermächtniß in Folge des concursus duarum causarum lucrativarum unter.[5]

2. Jeder *Widerruf* des Erblassers hebt das Vermächtniß auf.[6] Er ist an keine bestimmte Form gebunden.[7] Auch der stillschweigende Widerruf genügt.[8] Bei eintretender Todfeindschaft zwischen dem Erblasser und dem Honorirten wird er vermuthet.[9]

Im Falle eines bedingten Widerrufes wird das Vermächtniß so behandelt, als wäre es unter der entgegengesetzten Bedingung angeordnet.[10]

Aufhebung des Vermächtnisses und Begründung eines neuen liegt

---

l. 63 D. de leg. II, l. 26 §§ 2 und 3 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Salkowski a. a. O. S. 317.

4) Die römischen Juristen waren verschiedener Ansicht. Sehr liberal waren Julian und Ulpian, denen man sich anzuschließen hat, l. 44 § 2 D. de leg. I: Si pocula quis legavit et massa facta est vel contra, item si lana legetur et vestimentum ex ea fiat, Julianus libro 32 digestorum scripsit legatum in omnibus supra scriptis consistere et deberi quod exstat: quam sententiam puto veram, si modo non mutaverit testator voluntatem § 3. Sed et si lancem legavit et massam fecit, mox poculum, debebitur poculum, durante scilicet voluntate § 4. Si areae legatae domus imposita sit, debebitur legatario, nisi testator mutavit voluntatem. Andere Juristen gingen weniger weit. So in der l. 88 de leg. III Paulus libro 5 ad legem Juliam et Papiam: Lana legata vestem quae ex ea facta sit deberi non placet. Sed et materia legata navis armariumve ex ea factum non vindicetur. Nave autem legata dissoluta neque materia neque navis debetur. Massa autem legata scyphi ex ea facti exigi possunt. Vgl. noch l. 49 § 5, l. 79 § 2 D. de leg. III, l. 6 § 1 D. de auro argento 34 § 2, siehe Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 48 S. 152.

5) § 6 I. de leg. 2, 20. Vgl. oben Bd. 2 § 68 Anm. 9, siehe aber auch Salkowski a. a. O. S. 123.

6) Tit. Inst. de ademptione legatorum et translatione 2, 21 Dig. de adimendis vel transferendis legatis 34, 4.

7) Auch Legate konnten „nuda voluntate" zurückgenommen werden, jedoch wirkte der formlose Widerruf nur durch exceptio doli, l. 3 § 11 D. h. t. 34, 4, l. 15 D. eod.

8) Eine stillschweigende Zurücknahme wird namentlich in *freiwilliger* Veräußerung der vermachten Sache durch den Erblasser gesehen, l. 15, l. 18, l. 24 § 1 D. h. t. 34, 4. Anders wenn er „necessitate urgente alienavit" l. 11 § 12 D. de leg. III. Vgl. § 12 J. h. t. 2, 20, l. 3 C. de leg. 6, 37.

9) l. 3 § 11, l. 22 D. h. t. 34, 4. Kapitalfeindschaft war in Rom, ist zum Theil noch jetzt in Italien ein manifester Zustand. In Deutschland ist derartiges selten. Das berechtigt aber nicht die Bestimmung so zu verflachen, daß man ohne weiteres Widerruf unterstellt, „wenn das Verhältniß zwischen Erblasser und Vermächtnißnehmer sich so gestaltet, daß Fortdauer des Vermächtnißwillens nicht anzunehmen ist", wie dies von Windscheid Bd. 3 § 640 Anm. 6 geschieht.

10) l. 10, l. 14 D. h. t. 34, 4, l. 6 pr. D. quando dies 36, 2.

in der Translation deſſelben, mag dieſelbe nun den Honorirten oder den Onerirten oder den Gegenſtand des Vermächtniſſes betreffen.[11] Im Zweifel gilt das alte Vermächtniß ſelbſt dann als durch die Translation aufgehoben, wenn das neue von Anfang an nicht rechtsbeſtändig war.[12]

Iſt nicht zu erkennen, auf welches von mehreren Vermächtniſſen ſich ein Widerruf bezieht, ſo iſt es ſo anzuſehn, als wenn der Widerruf nicht erfolgt wäre.[13]

---

11) l. 6 D. h. t. 34, 4. Paulus libro 5 ad legem Juliam et Papiam: Translatio legati fit quattuor modis: aut enim a persona in personam transfertur: aut ab eo qui dare jussus est transfertur ut alius det: aut cum res pro re datur ut pro fundo decem aurei: aut quod pure datum est, transfertur sub condicione. Hierin liegt eine Aufzählung, aber keine Eintheilung, denn die bedingte Ademtion ſteht allen drei Arten der unbedingten als etwas Verſchiedenes gegenüber.

12) l. 34 pr. D. de leg. I., l. 20 D. h. t. 34, 4. Vgl. Arndts 13. Aufl. § 551 Anm. 4 a (der Herausgeber).

13) Bezüglich dieſes Falles finden ſich entgegengeſetzte Entſcheidungen in den Quellen, die beide von demſelben Autor herrühren. l. 10 D. de rebus dubiis 34, 5. Ulpianus libro 6 disputationum: Si fuerit legatum relictum „ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit“ si simul duo venisse dicantur, nec apparet quis prior venerit, an impedietur legatum? vel ei qui maximus natu est, et duo pares aetate sint? sed et si legatum Sempronio amico fuerit relictum et duo sint aequa caritate conjuncti? sed et si duobus hominibus ejusdem nominis fuerit legatum, puta Semproniis, mox Sempronio ademptum sit, nec appareat cui ademptum sit: utrum datio in utriusque persona infringitur an ademptio nulla est, quaeri potest... et verius est in his omnibus etiam legata et libertates impediri, ademptionem autem in utrumque valere. Dagegen erklärt in l. 8 § 7 D. h. t. 34, 4. Ulpianus libro 24 ad Sabinum: Si duobus Titiis separatum legaverit et uni ademerit nec appareat, cui ademptum sit, utrique legatum debebitur, quemadmodum et in dando, si non appareat cui datum sit, dicemus neutri legatum. Sehr Vielen iſt der Widerſpruch unerträglich. Daher ſuchen ſie durch Emendirung zu helfen. So will Mommſen in der l. 10 cit. ſtatt „in utrumque“ „neutrimque“ ſchreiben. Andere Korrekturen, die ſachlich ebenſo haltlos, ſprachlich aber zum Theil ungeheuerlich ſind, ſiehe bei Arndts § 551 Anm. 5. Viele wollen durch Unterſcheidungen verſchiedener Fälle helfen. Der geiſtvollſte Verſuch dieſer Art iſt von Kohler, Ademtion der Legate in Grünhuts Zeitſchrift Bd. 7 S. 714. Er bezieht die l. 10 cit. auf den Fall, daß der Teſtator in der Teſtamentsurkunde ſelbſt vor der Perfektion des Teſtaments die zweideutige Ademtion gemacht habe, ſo daß von Anfang an dunkel war, wer der Honorirte ſein ſollte, während die l. 8 § 7 cit. von dem Falle einer ſpäteren Ademtion handele. Es bleibt jedoch unerklärt, warum Ulpian gerade den entſcheidenden Punkt in der l. 10 verſchwieg und nicht hervorhob, daß es ſich um ein Ademtion „ante impletum testamentum“ handelte. — Wir haben daher den Widerſpruch offen anzuerkennen. Die Frage iſt ja eine ſolche, über die man zweifelhaft ſein kann. Ulpian hat in etwa 20 Jahren maſſenhaft Bücher — etwa 235 — veröffentlicht, und zwar während andauernder amtlicher Beſchäftigung —, vgl. Pernice, Ulpian als Schriftſteller in den Sitzungsberichten der Akademie der Wiſſenſchaften zu Berlin 1885, XXV. 443. Iſt es da ein Wunder, wenn er ſeine Anſicht änderte? In der l. 10 cit. hat er die Frage geſtreift und unrichtig beantwortet, in der l. 3 § 7 cit. genauer überlegt und richtig gelöſt. Denn dieſe letztere Entſcheidung iſt die praktiſche. Sie ergiebt ſich aus der Vertheilung der Beweislaſt, vgl. l. 22 D. de probationibus 22, 3.

D. Vermächtnißerwerb.[1]

§ 107. 1. Anfangszeit des Vermächtnisses und Vollzug des Erwerbes.

Die Geltung der Vermächtnisse wie die aller anderen letztwilligen Verfügungen ist an den Erwerb der Erbschaft durch den Erben geknüpft. Erst mit diesem Akt kann sich daher der Vermächtnißerwerb vollziehen. Und die Folge scheint zu sein, daß ihn der Honorirte erleben muß, wenn er das Vermächtniß erwerben soll.

Doch diese Konsequenz schien bedenklich. Sie würde dem Erben ermöglichen, durch Hinzögern des Antrittes die Vermächtnisse zu Falle zu bringen und darauf — namentlich wenn die Legatare alt und kränklich sind — geradezu zu spekuliren.

Dies veranlaßte die Jurisprudenz, und zwar schon in der republikanischen Zeit, die Vererblichkeit der Vermächtnisse von dem Zeitpunkte des Erbschaftsantrittes unabhängig zu machen. Zu diesem Zwecke unterschied man zwei Momente:

1. den *Anfangstermin* der Vermächtnisse — dies legati cedit —, mit welchem eine *Erwerbsberechtigung* bezüglich der vermachten Sache entsteht und die *Vererblichkeit* des Vermächtnisses beginnt.[2]

Als dies cedens gilt in der Regel *die Todeszeit des Erblassers*.[3 4]

Dies ist nicht anwendbar:

a) bei *höchstpersönlichen Vermächtnissen*, d. h. solchen, die nach ihrem Inhalte auf die Erben des Vermächtnißnehmers nicht übergehen, z. B. des Nießbrauches;[5]

---

1) Tit. Dig. quando dies legatorum 36, 2, Cod. 6, 53, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 199 und dort Citirte, Enneccerus, Rechtsgeschäft S. 422 und S. 600.

2) Enneccerus a. a. O. Viele Neuere suchen das römische „dies legati cedit“ durch „Anfall“ des Vermächtnisses zu verdeutschen. So namentlich Windscheid Bd. 3 § 642. Aber Anfall des Vermächtnisses giebt den specifischen Sinn des römischen Ausdrucks nicht entfernt wieder. Dies Wort würde eher auf den vollzogenen als den begonnenen Erwerb hindeuten. Vgl. l. 213 D. de V. S. 50, 16 „Cedere diem significat incipere deberi pecuniam.“

3) Nach der lex Papia Poppaea cebirte die Legatszeit erst „ex apertis tabulis testamenti“, Ulpiani fragm. XXIV § 31.

4) l. 7 pr. D. h. t. 36, 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum: Heredis aditio moram legati quidem petitioni facit, cessioni diei non facit. Der dies legati cebirt mit dem Tode des Erblassers nicht bloß, wenn der Erbe unbedingt eingesetzt ist und antreten konnte, sondern auch, wenn er bedingt ernannt ist und wenn die Bedingung schwebt, insbesondere selbst dann, wenn ihm als Substituten Vermächtnisse aufgelegt sind und der instituirte Erbe sich noch nicht über den Antritt entschieden hat, l. 7 §§ 1 cit. ff.

5) l. 8 D. h. t. 36, 2. Ulpianus libro 5 disputationum: nam cum an here-

b) ferner nicht bei bedingten Vermächtnissen, solange die Bedingung schwebt und damit noch den Erwerb und die Vererblichkeit des Vermächtnisses aufschiebt.[6]

Das Gleiche gilt, wenn das Vermächtniß an eine ungewisse Zeit geknüpft ist,[7] es sei denn, daß nicht Anfang und Existenz des Vermächtnisses überhaupt, sondern nur dessen Erfüllung aufgeschoben sein soll.[8]

2. Der Erwerb des Vermächtnisses vollzieht sich frühestens mit dem Erbschaftsantritte.

Ist das Vermächtniß an Termine geknüpft, so müssen auch sie herangekommen sein, ehe es geltend gemacht werden kann. Jetzt erst heißt es: dies legati venit.[9]

Nunmehr geht das Eigenthum der vermachten Sache des Erb-

---

dem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit, l. 5 § 1, l. 9 D. eod.

6) l. 5 § 2 D. h. t. 36, 2. Ulpianus libro 20 ad Sabinum: Sed si sub condicione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam condicio fuerit impleta, ne quidem si ea sit condicio, quae in potestate sit legatarii, l. un. § 7 C. de caducis tollendis 6, 51. Bei bedingten Geschäften unter Lebenden tritt nach Erfüllung der Bedingung Rückziehung auf den Abschluß des Geschäftes ein, d. h. das bezügliche Recht datirt von jenem Augenblicke an. Solche Rückwirkung kam bei Legaten nicht in Frage. Sie hätte mit ihrem Charakter als Geschäft von Todeswegen in Widerspruch gestanden. Bedingte Vermächtnisse datiren daher erst von dem Eintritt der Bedingung.

7) l. 75 D. de cond. 35, 1. Papinianus libro 34 questionum: Dies incertus condicionem in testamento facit. Der Ausspruch bezieht sich nicht bloß auf den absolut ungewissen Termin, sondern auch auf den relativ ungewissen — dies incertus quando. Indessen doch nicht, wie l. 48 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 von Javolenus libro 11 epistularum ergiebt, wenn der ungewisse Termin bloß „prorogando tempus solutionis" dient, l. 26 § 1 D. h. t. 36, 2, l. 5 C. h. t. 6, 53. Meist behauptet man freilich, daß die Vermuthung gegen den bloßen Zahlungstermin sei, Arndts § 554, siehe jedoch Brinz Bd. 3 S. 407.

8) Eine praktisch wichtige Frage ist, ob die Bestimmung, wonach ein Vermächtniß erst nach dem Tode des Erben zu erfüllen ist, bloß als Aufschub der Zahlung gilt, oder ob sie das Vermächtniß selbst in das Ungewisse stellt, der Art, daß der Honorirte den Tod des Onerirten erleben muß? Der Absicht des Erblassers dürfte die erstere Behandlung meist entsprechen. Aber wir finden mehrfach in den Quellen ausgesprochen, daß das Legat „heres meus quum morietur Titio dato" keinen bloßen Aufschub der Zahlung enthalte, wogegen das Legat „heres meus quum morietur Titius, centum ei dato" einen bloßen Zahlungsaufschub enthalten soll, l. 4, l. 13 D. h. t. 36, 2, l. 1 § 2, l. 79 D. de cond. 35, 1. Die Unsicherheit, wann die Zeit eintritt, ist nun aber in beiden Fällen dieselbe! Wir gehen wohl in der Annahme nicht fehl, daß wir einen Rest alter Formularjurisprudenz und spitzfindiger Worterklärung vor uns haben. Man fand, der Moment, in welchem der Erbe im „Sterben" liege, könne nicht füglich als Zahlungszeit für ihn angesehen werden, deshalb sei er als Bedingung zu erachten. Nimmt man dies an, so haben die gedachten Entscheidungen nur auf jene Formel Bezug und können für Vermächtnisse, die nach dem Tode des Honorirten zu zahlen sind, nicht angewendet werden.

9) l. 21 pr. D. h. t. 36, 2, l. 9 D. ut legatorum 36, 3.

lassers auf den Honorirten über, und es wird die Forderung aus dem Vermächtnisse klagbar.

§ 108. 2. Das Recht der Repudiation des Vermächtnisses.

Daß man Vermächtnisse dem Honorirten nicht aufzwingen kann, ist selbstverständlich. Es bestand aber in der ersten Kaiserzeit in dieser Hinsicht ein Schulstreit unter den Juristen. Die Prokulianer machten den Erwerb erst von dem erklärten Wollen des Vermächtnißnehmers abhängig. Sie konnten sich hierbei auf die Analogie des Erbschaftserwerbes berufen, der in der Regel sich auch erst durch den Willen des Erben vollzieht. Die Sabinianer ließen den Erwerb von Rechtswegen eintreten, so aber daß dem Vermächtnißnehmer das Recht der Zurückweisung offen stand. In der That paßt die Analogie des Erbschaftserwerbes, welcher Pflichten auflegt, wenig auf Vermächtnisse, die an sich nur Rechte geben.[1]

Die Ansicht der Sabinianer ist in das justinianische Recht übergegangen.[2]

Der Erwerb des Vermächtnisses vollzieht sich also von Rechtswegen ohne Wissen und Willen des Vermächtnißnehmers. Es steht ihm aber das Recht der Repudiation zu. Macht er hiervon Gebrauch, so ist es so, als hätte er das Vermächtniß nie erworben.[3]

Die Erklärung über Annahme oder Ablehnung erfolgt rechtsverbindlich erst, nachdem das Vermächtniß erworben ist.[4]

Hat nachher der Legatar das Vermächtniß angenommen, so kann er nicht mehr repudiiren, hat er abgelehnt, nicht mehr annehmen.

---

1) Der Streit koncentrirte sich übrigens auf das Vindikationslegat Gajus Inst. II § 195, über das bedingte Vindikationslegat vgl. Gajus Inst. II § 200. Die Prokulianer erachteten die vermachte Sache, solange die Bedingung des Legates schwebte und solange sich der Legatar noch nicht für die Annahme entschieden hatte, nach Analogie der hereditas jacens als „res nullius", ein keinesfalls glücklicher Gedanke.

2) Die Ansicht, daß der Erwerb der Vermächtnisse sich von Rechtswegen ohne Willen des Honorirten vollziehe, war früher die herrschende und ist es geblieben, vgl. für dieselbe namentlich l. 19 § 1 D. quemadmodum serv. 8, 6. Nicht zuerst, aber am eingehendsten hat sich Köppen gegen sie erklärt, insbesondere in Iherings Jahrbuch Bd. 5 n. 4 S. 184 und Bd. 11 S. 196. Ihm trat namentlich Ihering ebendaselbst Bd. 10 S. 479 Anm. 96 bei. Die Gegenansicht führte schon früher Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 42 S. 147 ff. aus, ferner gegen Köppen Crafft v. Crailsheim, ebendaselbst Bd. 47 n. 21. Eine ausführliche Widerlegung Köppens giebt Arndts bei Glück Bd. 48 S. 274.

3) l. 44 § 1 D. de leg. I, l. 1 § 6 D. si quid in fraudem patroni 38, 5, l. 15 D. de rebus dubiis 34, 5. Vgl. aber auch Salkowski a. a. O. S. 5.

4) l. 45 § 1 D. de leg. II.

Von mehreren Vermächtnissen kann der Honorirte das eine ablehnen, das andere annehmen, wenn der Erblasser dies nicht besonders verbot.

Der Honorirte kann dagegen dasselbe Legat nur ganz annehmen oder ablehnen.

Annahme eines Theils gilt als Annahme des Ganzen.[5]

II. Die einzelnen Arten der Vermächtnisse.

A. Nach der Verschiedenheit des Gegenstandes.

§ 109. 1. Vermächtnisse individuell bezeichneter Sachen und von Gesammtheiten.

1. Individuell vermachte körperliche Sachen gebühren dem Vermächtnißnehmer in dem Stande, in welchem sie sich zur Zeit des Erwerbes befinden. Es kommen ihm also die Vermehrungen zu, welche nach der Errichtung geschahen, ohne Unterschied, ob sie durch freie Handlungen des Erblassers oder zufällig entstanden; ebenso sind Verminderungen sein Schade.[1]

Pertinenzen gelten als mitvermacht, nicht minder was nothwendig ist, um die Sache nach der liberalen Absicht des Erblassers zu nutzen.[2] Besondere Fragen sind:

a) Welche Ansprüche hat der Vermächtnißnehmer auf die Früchte der vermachten Nachlaßsache.[3]

Manche betrachten ihn als Eigenthümer aller Früchte, welche vom Augenblicke des Erwerbes des Vermächtnisses an entstehen. Und dies scheint konsequent, da er von da an Eigenthümer der fruchttragenden Sache ist.

Aber er hat im Grunde nur Eigenthum, damit sein Recht sicher steht. Die Uebertragung des Besitzes muß er vom Erben erwarten. So werden ihm auch die Früchte erst nach der Uebergabe zu

---

5) l. 4, l. 5 D. de leg. II, l. 58 D. eod. Von mehreren Erben des Legatars, welcher sich noch nicht erklärte, kann sich jeder für seinen Theil selbständig über Annahme oder Ablehnung entscheiden, l. 38 D. de leg. I.

1) l. 24 § 2 D. de leg. I, l. 16, l. 89 D. de leg. III, Salkowski S. 427.

2) Der Erbe muß daher z. B. den Zutritt zu dem vermachten Hinterhause gewähren, l. 1 §§ 1—3 D. si ususfructus pet. 7, 6, er darf ferner dem vermachten Hause das Licht nicht verbauen, l. 10 D. de serv. pr. urb. 8, 2.

3) Brügger, der Anspruch des Singularvermächtnißnehmers auf Früchte 1877, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 341, Salkowski a. a. O. 428.

eigen. Außerdem ſind Früchte zu erſtatten, welche der Erbe nach der Klageerhebung, oder nachdem er ſonſt in Verzug geſetzt iſt, zog oder zu ziehen verſäumte.[4]

b) Der Erblaſſer kann nicht bloß eigene Sachen, ſondern auch ſolche des Erben und Dritter vermachen.

Im letzteren Falle hat der Belaſtete den Erwerb der fremden Sache für deren Taxwerth zu verſuchen und, wenn dieſer nicht gelingt, dem Vermächtnißnehmer den Geldbetrag zu leiſten.

Jedoch iſt die Vermuthung dagegen, daß der Erblaſſer den Onerirten in ſolcher Weiſe verpflichten wollte.

Dieſe Verbindlichkeit iſt daher in der Regel davon abhängig, daß der Erblaſſer nachweisbar wußte, daß die Sache eine fremde ſei.[5] [6]

Hatte der Erblaſſer auf die vermachte Sache des Dritten ein Forderungsrecht, ſo iſt dies zu cediren.[7]

c) Es gilt die Vermuthung, daß der Erblaſſer, wenn er eine Sache ohne Vorbehalt vermachte, dieſelbe frei von Nießbrauch und

---

4) Es vertritt die Gegenanſicht insbeſondere Arndts a. a. O. Indeſſen beſtimmt l. 4 C. de usuris et fructibus 6, 47 von Gordian: In legatis et fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis sequuntur, sive in rem sive in personam agatur. Die Verſuche von Arndts, die Beweiskraft dieſer Stelle zu ſchwächen, ſind ganz unzureichend, vgl. Salkowski a. a. O. S. 488. Was die von Arndts für ſeine Anſicht angeführten l. 120 § 2 D. de legatis I und l. 42 D. de usuris 22, 1 anlangt, ſo bemerkt bezüglich derſelben Windſcheid Bd. 3 § 647 Anm. 14 mit Recht: „Die erſte Stelle ſagt, die zweite ſetzt voraus, daß der Vermächtnißnehmer ſelbſt die Früchte gezogen hat.“ Bedenklicher iſt l. 40 D. de a. r. d. 41, 1, vgl. Salkowski S. 490.

5) § 4 J. de leg. 2, 39, l. 20 § 7 D. de leg. I. Vgl. Arndts bei Glück Bd. 46 S. 182, Brinz Bd. 3 S. 314. — Gehört die Sache dem Onerirten, ſo iſt ſie auch dann zu leiſten, wenn ſie der Erblaſſer für die eigene hielt, weil der Belaſtete dann doch nicht zu Geldaufwendungen genöthigt iſt, ſondern aus dem eigenen giebt, l. 67 § 8 D. de leg. II, l. 86 § 3 D. de leg. I. Vgl. übrigens auch Brinz Bd. 3 S. 315, Salkowski S. 64.

6) Unter Umſtänden hat der Onerirte die fremde Sache beziehungsweiſe ihren Sachwerth ſelbſt dann zu leiſten, wenn der Erblaſſer nicht wußte, daß ſie eine fremde ſei. Vgl. hierüber l. 10 C. de legatis 6, 37: Alexander: Cum alienam rem quis reliquerit, si quidem sciens, tam ex legato quam ex fideicommisso ab eo qui legatum seu fideicommissum meruit, peti potest. quod si suam esse putavit, non aliter valet relictum, nisi proximae personae vel uxori vel alii tali personae datum sit, cui legaturus esset et si sciisset rem alienam esse. Hier haftet der Beſchwerte folgerecht im Falle der Eviktion zwar nicht auf Erſatz des Intereſſes, wohl aber des Sachwerthes. Dagegen entſpricht es der Konſequenz, daß in anderen Fällen der Onerirte im Falle der Eviktion der von ihm geleiſteten vermachten ſpeciellen Sache nichts zu gewähren hat.

7) l. 39 § 3 D. de leg. I. Hatte ferner der Erblaſſer an der vermachten fremden Sache Eigenthumsbeſitz oder ein eigenthumähnliches dingliches Recht, ſo iſt dies zu gewähren, l. 71 § 6 D. de leg. I, l. 68 pr. D. de leg. III. In der letzteren Stelle iſt ein nutzbares Pfand gemeint. Ihre Entſcheidung würde auf eine Hypothek nicht zutreffen.

Pfandrechten geliefert haben wollte.[8] Jedoch wird, wenn diese Rechte Dritten zustehen, dabei vorausgesetzt, daß er dies wußte.[9]

Auf dauernde Belastungen, insbesondere Grundgerechtigkeiten, Superficies, bezieht sich dies nicht.[10] Da heutzutage auch Hypotheken an Grundstücken wirthschaftlich eine dauernde Belastung bilden, so paßt die Vermuthung derzeit auch auf Hypotheken nicht mehr.[11]

Ueberhaupt ist dieselbe gemeinrechtlich nur cum grano salis anwendbar, da sie den Absichten heutiger Erblasser oft nicht entspricht.

2. Sind Gesammtheiten vermacht, so gilt als inbegriffen, was von bezüglichen Stücken im Nachlasse vorhanden ist. Auch wenn nur ein einziges Stück übrig blieb, ist es zu leisten.[12]

Das Vermächtniß der Gesammtheit gilt als eins. Der Honorirte kann es nur ganz annehmen oder zurückweisen.[13]

§ 110. 2. Indeterminirte Vermächtnisse.

Nicht selten lassen Vermächtnißanordnungen das zu leistende Individuum noch dahingestellt, so daß die Bestimmung dem Legatar oder dem Onerirten oder auch Dritten anheimfällt. Solche indeterminirten Vermächtnisse sind mannigfacher Art.

1. Wahlvermächtnisse gewähren das Recht der Wahl eines Stückes oder mehrerer aus einer gewissen Kategorie von Nachlaßobjekten. Es bestanden hierfür in Rom zwei Formulare, ein älteres und ein jüngeres, welche in der vorjustianischen Zeit verschiedene Wirkungen hatten.[1]

---

8) l. 66 § 6 D. de leg. II.

9) § 5 J. de leg. 2, 20, l. 6 C. de fideicommissis 6, 42, l. 57 D. de leg I. Die Quellen sprechen diese Beschränkung nur bezüglich der Pfandbelastung aus, nicht aber hinsichtlich des Ususfruktus. Daher wollen sie Manche gegen die Analogie bezüglich seiner nicht anwenden. So neuerdings Brinz Bd. 3 S. 321. Das ist unannehmbar: das Stillschweigen der Quellen hierüber hat — Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 135 — seinen Grund darin, daß sich Nichtkenntniß des Eigenthümers von dem Bestand eines Ususfruktus nur selten findet.

10) Was die Quellen hinsichtlich des Nießbrauches und des Pfandrechtes aussprechen, übertragen Viele auf Superficies und Emphyteusis. So Arndts § 560 Anm. f, Windscheid Bd. 3 § 654 Anm. 16. Mit Recht hat sich dagegen Brinz a. a. O. Bd. 3 S. 341 erklärt. Er hebt hervor, daß den Nutzen superficiarischer und emphytheutischer Grundstücke der Grundeigenthümer in Gestalt des Bodenzinses und anderer Aequivalente hat.

11) Aehnlich Salkowski a. a. O. S. 90; Windscheid Bd. 3 § 654 Anm. 16, 7. Auflage behandelt die Berücksichtigung der heutigen Rechtsauffassung skeptisch.

12) § 18 J. de leg. 2, 20.

13) l. 6 D. de leg. II.

1) Tit. Dig. de optione vel electione legata 33, 5. Bernstein z. L. v. legatum optionis in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte n. F. Bd. 1 S. 151.

a) Das ältere war das legatum optionis, das ausdrückliche Wahlvermächtniß mit der Formel „optato elegito“, eine Species des Vindikationslegates.[2]

Das Wahlrecht galt dem Legatar nur für ſeine Perſon gegeben. Daher war dies Legat unvererblich, durch die perſönliche Wahl des Legatars bedingt.[3]

Der Satz entſprach praktiſchen Bedürfniſſen. Die Unvererblichkeit ſollte übermäßige Verſchleppung der Wahl durch den Legatar verhindern. Denn ſolange die Wahl nicht geſchehen war, befand ſich der Erbe in der fatalen Lage, keines der zur Wahl geſtellten Nachlaßobjekte mit Sicherheit veräußern zu können, da der Legatar gerade das veräußerte in Anſpruch nehmen konnte.

Dies führte auch dazu, dem Legatar auf Antrag des Erben gerichtlich eine Friſt zur Vornahme der Wahl zu ſtellen, unter dem Präjudize der Verwirkung des Legates, wenn die Friſtverſäumniß den Erben beſchädigen würde.[4]

b) Weiter kam das indirekte Wahlvermächtniß auf, indem der Erblaſſer eins oder mehrere Stücke aus einer Kategorie von Nachlaßſachen „generell“ vermachte.[5] Auch hierbei hatte der Legatar im Zweifel die Wahl. Sie war aber nicht höchſtperſönlich,[6] vielleicht weil man zur Zeit der Anerkennung dieſer Form ſich bereits durch die gerichtliche Friſtſetzung gegen ungemeſſene Verzögerung half.

Dieſe indirekten Wahlvermächtniſſe bezeichnen die Neueren nicht ſelten als Gattungsvermächtniſſe.[7] Ein ſchlimmer Mißgriff. Bilden drei Pferde, von denen dem Legatar eins „generell“ vermacht wird, eine eigene Gattung?

Juſtinian hat das ausdrückliche und das indirekte Wahlvermächtniß verſchmolzen.[8]

Die Wahl gebührt auch jetzt in der Regel dem Vermächtnißnehmer; ſie iſt vererblich; war ſie einem Dritten zugewieſen und ſtirbt dieſer oder wird unfähig oder verzögert ſie über ein Jahr, ſo geht ſie auf den

---

2) Ulpian. fragm. XXIV § 14.

3) § 23 J. de legatis 2, 20.

4) l. 6—8, l. 13 § 1 D. h. t. 33, 5.

5) § 22 J. de legatis 2, 20.

6) l. 12 § 7 D. quando dies legatorum 36, 2.

7) Die Verwechſelung iſt alt. So ſpricht z. B. Pothier, Pandectae justinianae ad h. t. sectio II von dem „legato generis“, wo er überwiegend nur von einem „generell“ vermachten Objekte handelt.

8) Vgl. Bernſtein a. a. O.

Vermächtnißnehmer über.[9] Einigen sich mehrere gemeinsam zur Wahl Berufene nicht, so entscheidet über den Wahlberechtigten das Loos.[10] Die Wahl ist erst nach dem Erbschaftsantritte zulässig.[11] Die alten Bestimmungen über Setzen einer Frist durch das Gericht bestehen fort. Der Legatar darf nicht das Beste wählen.[12]

Die einmal getroffene Wahl ist unabänderlich, es sei denn, daß dem Wahlberechtigten nicht alle Stücke, unter denen er wählen durfte, vorgelegt waren,[13] oder daß er etwas wählte, worauf sein Wahlrecht nicht ging.[14]

2. Etwas ganz Anderes sind *Gattungsvermächtnisse*, bei denen etwas bloß der *Gattung nach* Bestimmtes *ohne Rücksicht auf das im Nachlasse Vorhandene* zu leisten ist, z. B. eine Summe Geldes. Natürlich muß das Vermachte nach Quantität und Qualität bestimmbar sein.[15]

Es ist Auslegungsfrage, ob ein generell gefaßtes Legat, z. B. ein Faß Wein, als Wahlvermächtniß gemeint ist, so daß es sich nur auf Nachlaßvorräthe bezieht, oder als Genuslegat.[16] Beim Gattungslegat hat der Onerirte die Wahl des zu liefernden Individuums.

Bei solchen Legaten haftet der Onerirte im Falle der Eviktion des von ihm Geleisteten.[17]

3. Das indeterminirte Vermächtniß kann endlich ein *alternatives* sein, sei es, daß die eine obere die andere Nachlaßsache, oder das eine oder andere sonstige Objekt vermacht wird.

---

9) l. 3 § 1 C. communia de legatis 6, 43.

10) § 23 J. de leg. 2, 20.

11) l. 16 D. h. t. 33, 5.

12) l. 37 pr. D. de leg. I.

13) l. 4 D. h. t. 33, 5.

14) l. 2 § 2 und 3 D. h. t. 33, 5.

15) l. 71 pr. D. de leg. I.

16) Im Geiste der deutschen Sprache ist Gewicht auf die Zufügung des Artikels zu legen. Erklärt der Erblasser z. B.: ich vermache „den" Wein, so ist nur an im Nachlasse Vorhandenes zu denken, sagt er aber: ich vermache „Wein", so wird nicht leicht etwas Anderers als eine angemessene Quantität ohne Rücksicht auf das im Nachlasse Vorhandene gemeint sein. Die Entscheidung der l. 7 pr. D. de tritico 33, 6 ist daher keinenfalls derzeit unbedingt maßgebend. Dort war dem Erben auferlegt, der Frau des Erblassers „vinum oleum frumentum, acetum, mella, salsamenta" zu geben, und der Jurist entscheidet, es sei alles von den betreffenden Dingen im Nachlasse Vorhandene zu gewähren. Doch kann auch bei uns je nach Umständen eine gleiche Auslegung geboten sein. Es bestimmt z. B. der Erblasser: meine Schwester A. erhält meine Möbel, meine Schwester B. Kupferstiche und Gemälde. Anders Vangerow Bd. 2 § 550 Ziff. 3, vgl. aber auch Windscheid Bd. 3 § 655 Anm. 9.

17) l. 45 § 1 D. de leg. I, l. 71 § 1 D. de eod., l. 29 § 3 D. de leg. III.

Der Legatar hat die Wahl, wenn es ſich um die eine oder die andere Nachlaßſache handelt.

Sonſt hat der Onerirte, alſo der Schuldner, die Wahl.[18]

§ 111. 3. Vermächtniſſe auf Lebenszeit.

Häufig iſt der Zweck des Vermächtniſſes nicht Zuwendung eines Kapitales, vielmehr Verſorgung des Honorirten auf Lebenszeit oder ſonſt auf Zeit.

1. In dinglicher Weiſe wird dieſer Zweck durch Vermächtniß des Uſusfruktus oder Quaſiuſusfruktus an Nachlaßſachen erreicht.[1]

Das Vermächtniß des Uſusfruktus gehört ſehr alter Zeit an, und mancher Satz der Formularjurisprudenz, der ſonderbar anmuthet, erhielt ſich hier bis in das juſtinianiſche Recht hinein.

Wollte z. B. der Erblaſſer dem einen Legatar das Eigenthum einer Sache zuwenden und einem anderen den vollen Nießbrauch derſelben Sache, ſo mußte er dem erſteren die Proprietät „deducto usufructu“ vermachen, um dieſen Zweck zu erreichen. Unterließ er dieſen Zuſatz, ſo erhielt der Legatar des Nießbrauches nur deſſen Hälfte, weil man annahm, in dem Vermächtniß der Proprietät ohne Beſchränkung ſtecke auch der Nießbrauch, folglich ſei derſelbe zwiſchen den Legataren getheilt.[2] Daß das gemeinrechtlich keine Geltung hat, iſt klar.

Eine vielfach eigenthümliche Ausbildung erhielt auch das Akkrescenzrecht unter Mehreren, welchen der Uſusfrukt derſelben Sache zuſammen vermacht iſt. Es entſtehen zwar durch die Konkurrenz der Legatare Theile. Fällt aber der eine der Kollegatare ſpäter, insbeſondere durch Tod, weg, ſo wächſt deſſen Nießbrauchstheil noch nachträglich dem

---

18) Nach dem Rechte der klaſſiſchen Zeit war zu unterſcheiden, ob das alternative Vermächtniß ein Vindikationslegat war, dann hatte der Legatar die Wahl, vgl. l. 34 § 14 D. de leg. I, l. 23 D. de leg. II, oder ob es ein Damnationslegat war, dann hatte der Erbe als Schuldner das Wahlrecht, l. 11 § 1 D. de leg. II. Nach juſtinianiſchem Rechte iſt dies in der Art anzuwenden, daß der Legatar die Wahl hat, wenn ihm Nachlaßſachen alternativ vermacht ſind, ſo daß er die dingliche Klage hat, während ſonſt der Erbe — als Schuldner — das Recht der Wahl hat.

1) Tit. Dig. de usu et usu fructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis 33, 2. Daß man auch einen Nießbrauch an Sachen des Onerirten und ſelbſt an Sachen Dritter vermachen kann, iſt ſelbſtverſtändlich. Es kommt aber derartiges ſehr ſelten vor, und wenn es vorkäme, würden die allgemeinen Grundſätze das Verhältniß regeln.

2) Siehe die oben § 78 Anm. 5 abgedruckte l. 19 D. h. t. 33, 2 und dazu Anm. 9 ebendort.

Kollegatar an, wenn dieſer ſeinen Theil erworben hat, ſelbſt wenn er denſelben wieder verloren haben ſollte.[3] [4]

2. Perſönliche Anſprüche auf Zeit giebt in der Regel:

a) das Rentenvermächtniß.[5]

Daſſelbe gilt im Zweifel als lebenslänglich.[6] Man betrachtet es nicht als ein Vermächtniß, ſondern als eine Mehrheit von Vermächtniſſen. Jede einzelne Rate cedirt daher mit ihrem Termine beſonders. Der Rentenberechtigte muß denſelben erleben, erwirbt dann aber auch die volle Rate.[7] Das Rentenvermächtniß kann von kürzerer Dauer als die Lebenszeit des Berechtigten ſein, kann aber andererſeits auch eine ewige Rente geben.[8]

Die einzelnen Raten ſind pränumerando zu zahlen. Dies entſpricht dem Zwecke der Rente und iſt üblich. Natürlich kann der Erblaſſer Anderes beſtimmen.

Vom Rentenvermächtniß verſchieden iſt ein in Terminen, z. B. in Jahreszielen zu entrichtendes Kapitalvermächtniß.

Solche Vermächtniſſe cediren mit dem Tode des Erblaſſers ganz, ſind alſo, wenn der Honorirte dieſe Zeit erlebt, voll vererblich.[9]

b) Das Alimentenvermächtniß ſoll den Unterhalt des Honorirten gewähren.[10]

Im Zweifel gilt es gleichfalls als lebenslänglich.

---

3) Tit. Dig. de usu fructu adcrescendo, 7, 2, Vangerow Bd. 2 § 554, Schlayer im Arch. für civ. Praxis Bd. 51 n. 18, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 101.

4) Um den vermachten Nießbrauch gegen die Gefahr des Verluſtes durch capitis deminutio oder auch durch non usus zu ſchützen, waren in Rom beſondere Klauſeln in Gebrauch. Man repetirte ihn entweder ſo: „quotiensque capite minutus erit ei lego“, oder ſo: „quotiens amissus erit“, l. 3 pr. D. q. m. usus fructus am. 7, 4. Man interpretirte auch, daß er für alle Verluſtfälle als repetirt gelte, wenn vermacht ſei „quamdiu vivat“. Ferner nahm man an, daß der auf einzelne Jahre oder Monate oder Tage, aber lebenslänglich vermachte Nießbrauch mit dem jeweiligen Termin immer wieder auflebe und neu werde, ſo daß ihn die capitis deminutio nicht dauernd treffen konnte, l. 1 § 3 D. eod. Einen praktiſchen Gebrauch werden dieſe Beſtimmungen nicht mehr haben.

5) Tit. dig. de annuis legatis 33, 1.

6) l. 8 D. de annuis legatis 33, 1.

7) l. 4 de eod. 33, 1. Paulus libro 62 ad edictum: Si in singulos annos alicui legatum sit, Sabinus, cujus sententia vera est, plura legata esse ait et primi anni purum sequentium condicionale: videri enim hanc inesse condicionem „si vivat“ et ideo mortuo eo ad heredem legatum non transire.

8) l. 22 C. de legatis 6, 37.

9) l. 20, l. 26 § 2 D. quando dies 36, 2. Wenig glücklich nennt man ſolche Vermächtniſſe oft „Ratenvermächtniſſe“.

10) Tit. Dig. de alimentis vel cibariis legatis 34, 1. Ueber den Umfang der Alimente ſiehe oben Band 2 § 31.

Dies nahmen die Römer selbst dann an, wenn einem Unmündigen Alimente hinterlassen wurden, ohne daß eine Grenze gesetzt war. Bei uns gelten Alimente in diesem Falle regelmäßig nur als bis zur selbständigen Erwerbsfähigkeit hinterlassen.[11]

Das Alimentenvermächtniß ist in mehreren Beziehungen besonders begünstigt.[12]

§ 112. 4. Forderungen als Gegenstand von Vermächtnissen.[1]

In dreifacher Art können Forderungen den Gegenstand eines Vermächtnisses bilden, als Forderungsvermächtniß, Liberationsvermächtniß und Schuldvermächtniß.

1. Das Forderungsvermächtniß — legatum nominis — bezweckt die Uebertragung einer Forderung an den Legatar. Meist handelt es sich um Ausstände des Erblassers, denkbar ist auch das Vermächtniß einer Forderung des Onerirten oder gar eines Dritten.[2]

Ein Vermächtniß des Schuldscheines schließt nach der Intention des Erblassers das der Forderung in sich, da letztere sich nach der vulgären Vorstellung in dem Schuldscheine verkörpert.[3]

Als mitvermacht gelten rückständige Zinsen.[4] Mit der Forderung

---

11) Ulpian entscheidet in der l. 14 pr. D. h. t. 34, 1 für die „puero vel puellae" vermachten Alimente: „si non paret quid sentiat testator, per totum tempus vitae debebuntur". Das mag im Sinne der römischen Kaiserzeit gelegen haben, wo es inmitten einer trägen Bevölkerung nichts Befremdendes war, wenn man dem „jungen Manne" das „dolce far niente" für die Lebenszeit sicherte. Einem deutschen Erblasser kommt so etwas nicht in den Sinn, wenn nicht ganz besondere Umstände vorliegen.

12) Solche Begünstigungen sind: a) Alimente konnten Erbunfähigen vermacht werden, l. 11 D. h. t. 34, 1. Es ist daher anzunehmen, daß auch die Beschränkungen der Erwerbsunfähigkeit, insbesondere unehelicher Kinder des Erblassers, nicht auf Alimentenvermächtnisse Anwendung finden. b) Sind Alimente bis zur Mündigkeit vermacht, so gilt die s. g. plena pubertas, d. h. bei dem männlichen Geschlechte das 18., bei dem weiblichen das 14. Jahr als die Grenze. l. 14 § 1 D. h. t. 34, 1. c) Eine Begünstigung gegenüber der Falcidia ist oben Bd. 3 § 101 Anm. 4 a. E. erwähnt. d) Eine allgemeine Zurücknahme der Vermächtnisse betrifft im Zweifel das Alimentenvermächtniß nicht, l. 18 § 3 D. h. t. 34, 1. e) Vergleiche über letztwillig hinterlassene Alimente wurden an gerichtliche Bestätigung geknüpft. Vgl. hierüber und über die Erweiterung der Bestimmung oben Bd. 2 § 31 Anm. 4.

1) H. Krüger, über Vermächtnisse von Forderungen. Greifsw. Inauguraldissertation 1883.

2) Auch künftige Forderungen können vermacht werden, nicht minder wie künftige Sachen.

3) l. 44 § 5 D. de leg. I. Sind in einem Hause, das mit Allem, was darinnen ist, vermacht wurde, Schuldokumente aufbewahrt, so sind in der Regel die bezüglichen Forderungen nicht als mitvermacht anzusehen. l. 86 pr. D. de leg. II, l. 92 § 1 D. de leg. III.

4) l. 34 pr. D. de leg. III.

gehen ihre Acceſſionen über. Für den Beſtand[5] oder die Güte der Forderung haftet der Onerirte nicht.[6]

Erliſcht die vermachte Forderung zu Lebzeiten des Erblaſſers durch Zahlung oder in anderer Weiſe, ſo endigt das Forderungsvermächtniß, aber es erhält ſich, wenn der Erblaſſer das Eingenommene oder das hierfür Angeſchaffte erſichtlich an die Stelle treten laſſen wollte.[7]

Die vermachte Forderuug des Erblaſſers geht unmittelbar mit dem Erbſchaftsantritte auf den Legatar über,[8] wie dieſer unmittelbar Eigenthümer vermachter Sachen wird. Aber einziehen darf er die Forderung nur, nachdem der Onerirte darin gewilligt hat oder hierzu rechtskräftig verurtheilt iſt. Denn auch an körperlichen Sachen darf der Legatar trotz des unmittelbaren Eigenthumserwerbes eigenmächtig Beſitz nicht ergreifen.[9] [10]

2. Befreiung des Legatars von Schulden gegenüber dem Erblaſſer oder dem Erben oder Dritten bildet den Inhalt des Liberationsvermächtniſſes.[11] [12]

Sie erfolgt unmittelbar mit dem Erbſchaftsantritte, wenn der Erblaſſer oder auch der Erbe der Gläubiger war.[13] Quittung und Rückgabe des Schuldſcheines kann verlangt werden.

---

5) l. 75 § 1 D. de leg. I.

6) arg. l. 22 § 4 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

7) l. 11 § 13, l. 64 D. de legatis III.

8) l. 18 C. de legatis 6, 37. Wenn die Gläubiger des Erben die vermachte Forderung pfänden, ſo kann der Vermächtnißnehmer dieſelbe alſo als ihm gehörig in Anſpruch nehmen.

9) Die Quellen haben ſich hierüber nicht ausgeſprochen; wenig beſchäftigt man ſich mit der Frage auch in der gemeinrechtlichen Litteratur.

10) Der abſonderliche Fall, daß der Gläubiger, welchem Schuldgegenſtände alternativ geſchuldet waren, einen dieſer Gegenſtände vermacht, oder gar den einen dem A. und den andern dem B. vermacht, muß einmal Julian begegnet ſein, l. 76 D. de leg. I, und ſo beſchäftigten ſich mit ihm auch andere Juriſten, l. 50 § 1 D. de leg. II, l 75 § 4 D. de leg. I, nicht minder die Neueren, die aber mit der Entſcheidung Julians oft nicht einverſtanden ſind. Vgl. Krüger a. a. O. Einen ähnlichen, recht verzwickten Fall bei paſſiver Korrealobligation behandeln Julian l. 82 § 5 D. de leg. I und Pomponius l. 13 pr. D. de leg. II. Vgl. Fitting. Korrealobligation S. 158, S. 180, Krüger a. a. O. S. 9.

11) Tit. Dig. de liberatione legata 34, 3.

12) Die direkte Form für das Liberationslegat war: heres damnas esto liberare illum, l. 19 D. h. t. 34, 3 oder „non petere“ — l. 2 pr. D. h. t. — Jedoch gehörte dieſe Formel erſt der Kaiſerzeit an, l. 3 pr. D. h. t. 34, 3, § 13 J. de leg. 2, 20. Die ältere Formel, die ſich dann auch ſpäter im Gebrauche erhielt, war offenbar: „heres meus centum quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare“, l. 25 D. h. t. 34, 3.

13) Der Umfang der Liberation beſtimmt ſich nach dem Willen des Erblaſſers. Hat er dem Legatar „alle ſeine Anſprüche“ erlaſſen, ſo bezieht ſich dies doch im Zweifel nur auf ſolche, die er kannte, es ſei denn, daß er beſonders auch etwaige unbekannte erlaſſen will; ferner nur auf gegenwärtig beſtehende, l. 28 § 1, l. 31

Handelt es sich um Befreiung von Ansprüchen Dritter, so hat sie der Belastete durch Verhandlung mit diesen, eventuell durch Zahlung zu bewirken.

Die Schuld, von welcher die Befreiung vermacht ist, muß im Augenblicke des Todes des Erblassers existiren, sonst ist das Vermächtniß gegenstandslos. Dem Legatar gebührt im Falle ihrer Nichtexistenz also nicht etwa die angegebene, angebliche Schuldsumme. Allerdings wollte ihn der Erblasser um deren Betrag bereichern, aber er wollte es auf eine besondere Art.[14 15]

3. Wenn der Schuldner seinem Gläubiger die Zahlung dessen vermacht, was er ihm schuldet, so nennt man dies Schuldvermächtniß — legatum debiti.[16]

In Rom erachtete man das Schuldvermächniß für nichtig, wenn es nicht in Bezug auf Summe oder Zahlungsmodalitäten ein Mehr in sich schloß gegenüber der Schuld. Denn wo blieb sonst die liberale Zuwendung seitens des Erblassers? Aber heutzutage gilt es auch hiervon abgesehen als gültig, da es jedenfalls dem Gläubiger erleichtert, zu seinem Rechte zu kommen, also einen, wenn auch nicht in bestimmten Zahlen auszudrückenden Vortheil gewährt.[17]

§ 5 D. h. t. 34, 3, l. 46 D. de leg. II. Die Befreiung des Hauptschuldners kommt dem Bürgen, die des Bürgen aber nicht dem Hauptschuldner zu gute, l. 2 pr. D. h. t. Die Befreiung eines Korrealschuldners nutzt dem andern nur, wenn sie „socii" sind, l. 3 § 3 D. h. t. In Rom erhielt der Schuldner unmittelbar vom Tode des Erblassers an exceptio, er konnte auch, wenn die Schuld nach der Absicht des Erblassers total beseitigt werden sollte, acceptilatio verlangen, l. 3 § 3 D. h. t., l. 22 D. eod. Ueber das gemeine Recht vgl. Windscheid Bd. 3 § 657 Anm. 9, mit welchem wir übereinstimmen.

14) Das Befreiungslegat ist streng genommen gegenstandslos, wenn die bezügliche Schuld nicht besteht; denn was nicht existirt, kann auch nicht aufgehoben werden, vgl. l. 13 D. h. t. 34, 3. Dennoch hat es auch in diesem Falle Bedeutung, wenn die Frage der Existenz der Schuld illiquide ist. Es erlischt durch Untergang der Schuld bei Lebzeiten des Gläubigers, l. 21 D. h. t. 34, 3. Ob der Erblasser das Legat dadurch widerruft, daß er die fragliche Schuld einfordert, ist Thatfrage, die für die Regel zu bejahen ist.

15) Den Römern machte die alte Form des Liberationslegates „decem quae mihi Titius debet ei do lego" Skrupel. Denn aus ihr konnte man folgern, daß die bezeichnete Summe schlechthin vermacht sei und daß nur eine „falsa demonstratio" zugefügt sei. Dennoch war dies keineswegs begründet, denn die Absicht ging auch bei dieser Formel auf ein Liberationslegat und nichts Anderes. So die l. 75 § 2 D. de leg. I; auch die l. 25 D. h. t. kommt zu diesem Resultat. Doch sind die Meinungen der Neueren sehr getheilt. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 555, Arndts § 576 und dort Citirte. Für das heutige Recht hat man jedenfalls davon auszugehen, daß das „Liberationsvermächtniß" an sich kein „Summenvermächtniß" ist.

16) Hartmann im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 n. 8.

17) Nach römischem Rechte war das Schuldvermächtniß „inutile", „nullum", wenn sich nicht ein Plus in dem Legate fand gegenüber der Schuld, § 14 J. de leg. 2, 20, l. 13, l. 14, l. 25, l. 28 § 13 D. de liber. leg. 34, 3, l. 82 pr. D. de

Besteht also die Schuld, so hat der Gläubiger zwei Klagrechte, die ihm nebeneinander zustehen, aber so, daß einmalige Befriedigung beide beseitigt.

Die Geltendmachung des Schuldvermächnisses verlangt, daß alle formellen und materiellen Erfordernisse eines Vermächtnisses vorhanden sind. Dem Gläubiger kommen hierbei die Privilegien der Vermächtnisse, insbesondere der Anspruch auf Sicherstellung zu gute, und es treffen ihn die Beschränkungen der Vermächtnisse, insbesondere die Zurücksetzungen gegen die Erbschaftsgläubiger.[18]

Der Erbe kann gegen das Vermächtniß einwenden:

a) daß der Erblasser die Schuld irrthümlicherweise als bestehend ansah,[19]

---

leg. II, l. § 1, 10 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Windscheid Bd. 3 § 658 will dies so verstehen: „In einer Verfügung, welche Befriedigung eines Gläubigers anordnet, ohne demselben etwas zu gewähren, was er nicht schon als Gläubiger hat, darf im Zweifel gar nicht der Wille, ein Vermächtniß zu hinterlassen, gefunden werden; wenn aber der Wille, ein Vermächtniß zu hinterlassen, anderweitig feststeht, so hat der Gläubiger auf das ihm als Gläubiger Gebührende einen zweiten Anspruch aus dem Vermächtnisse." Dies ist schwer zu begreifen. Der Schuldner *erklärt* in seinem letzten Willen, seinem Gläubiger Zahlung seiner Schuld zu *vermachen*. Dennoch soll er dies Vermächtniß im Zweifel nicht wollen, aber anderweitig soll dieser Wille festgestellt werden können. Da fragt man doch billig, wie und in welchen Formen ist dies anderweit festzustellen? Von solcher überkünstlichen Auffassung sind die Quellen sehr fern. Ihnen ist das Vermächtniß nichtig! Es ist daher nicht zu bezweifeln, daß in Rom, wenn der Legatar aus dem Schuldvermächtnisse klagte, der Schuldner einwenden konnte, er sei die fragliche Summe in gleicher Höhe schuldig, die Legatsklage sei also unbegründet, und daß der Gläubiger daraufhin mit der Klage aus dem Legat ausgewiesen werden mußte. Vgl. l. 28 § 14 D. de lib. leg. 34, 3. Hierfür aber bestanden zwei Gründe. Der eine war praktischer Natur. Man suchte dadurch die Möglichkeit von Doppelklagen wegen desselben Ausstandes, welche zu doppelten Judikaten und doppeltem Zahlungszwang führen mußten, solange der Prozeß noch die alte Strenge hatte, auszuschließen. Aus ähnlichen Gründen war bezüglich des Vermächtnisses der dos an die Frau das edictum de alterutro aufgestellt. Vgl. oben Bd. 3 § 14 Anm. 7. Dann aber schien ein derartiges Legat theoretisch um deswillen ungültig, weil es keine Liberalität enthielt. Die erstere Erwägung verlor in der Kaiserzeit ihr Gewicht, da man jetzt in Folge der Exceptionen in doppelten Klagen wegen desselben Schuldgegenstandes nichts Bedenkliches mehr fand. Ueber die zweite kam man nicht vollständig hinaus. Nur wenn das Legat ein Mehr als die Schuld bot, schien es als Legat gültig, weil es dann allerdings zweifellos eine Liberalität bot. Marcellus freilich nahm unbedingt die Gültigkeit des legatum debiti an, l. 28 § 1 de legat. I. Er drang aber nicht durch. Im gemeinen Rechte dagegen wurde die römische Auffassung weder verstanden noch recipirt. Eine Klage aus einem Schuldvermächtniß wurde nie auf Grund des Einwandes zurückgewiesen, daß der Erbe den betreffenden Betrag in derselben Höhe und Art schulde, vgl. mein preuß. Priv.R. Bd. 3 § 152 Anm. 2, Hartmann a. a. O.

18) Nachvermächtnisse können ihm nur insoweit aufgelegt werden, als er durch das Schuldvermächtniß in der That mehr erhält, als seine Forderung beträgt. Vgl. oben Bd. 3 § 98 Anm. 9.

19) Dies wegen Irrthums in dem bestimmenden Motive, vgl. oben Bd. 3 § 79.

b) daß er sie bei Lebzeiten durch Zahlung oder in anderer Weise getilgt hat.[20]

c) Bedingungen und Zahlungstermine des Schuldverhältnisses gelten als im Schuldvermächtnisse wiederholt.[21]

Hat der Erblasser, wissend daß er nichts schulde, eine bestimmte Summe unter der Bemerkung, daß er sie schuldig sei, vermacht, so liegt kein Schuldvermächtniß vor, sondern das Vermächtniß einer Summe unter einer falschen Angabe, die nichts schadet.[22]

Der Gläubiger kann natürlich auch seine ursprüngliche Forderung geltend machen, die er dann selbständig begründen und beweisen muß. Die letztwillige Erklärung des Erblassers kann diesen Beweis nicht ersetzen und höchstens ein mehr oder minder zu beachtendes Indicium abgeben.

Das absolutorische Erkenntniß in der einen der beiden Klagen steht der anderen Klage nicht entgegen, da sich die Klaggründe nicht decken.[23]

Der Erblasser kann auch seinen Erben die Zahlung einer Forderung auflegen, die der Legatar an einen Dritten hat. Der Onerirte ist dann Solidarschuldner neben dem Hauptschuldner.[24]

B. Akkrescenz und Substitution bei Vermächtnissen.

§ 113. Das Anwachsungsrecht bei Vermächtnissen.[1]

Es kommt nicht selten vor, daß der Erblasser ein Objekt derart Mehreren vermacht, daß sie sich in dasselbe zu theilen haben. Wenn es sich dabei um eine Summe handelt, so entstehen Theilsummen, wenn um eine Species, ideelle Theile.

Erwirbt einer der Legatare nicht, so entsteht die Frage, ob sein Theil bei dem Belasteten verbleibt, oder dem miternannten Legatar zukommt. Es muß sich dies danach richten, ob der Erblasser jedem definitiv nur einen Theil vermachen, oder ob er ihm eventuell das Ganze zuwenden wollte. Soweit dies nicht aus dem

20) l. 1 § 5 D. de dote praelegata 33, 4.
21) § 14 J. de leg. 2, 20, l. 18, l. 14 D. de lib. leg. 34, 3. Peremptorische Exceptionen gelten als remittirt, l. 13 D. eod.
22) l. 75 § 1 D. de leg. I, l. 88 § 10 D. de leg. II.
23) l. 28 § 14 D. de liber. leg. 34, 3.
24) Vgl. auch Ihering in seinen Jahrbüchern Bd. 24 S. 135.
1) Schneider, das altcivile und justinianische Anwachsungsrecht bei Legaten 1887, Arndts bei Glück Bd. 48 S. 1 ff., Samter im Archiv für civ. Praxis Bd. 60 n. 2. Dort S. 77 die Litteratur.

Zuſammenhange der Verfügungen und ihren Zwecken erhellt, worauf man in erſter Linie zu ſehen hat, iſt die Interpretation maßgebend, welche das Geſetz für beſtimmte Redewendungen trifft.[2]

1. Der Erblaſſer hat *in demſelben Satz* — conjunctim — *daſſelbe Objekt* Mehreren vermacht, *ohne ihnen Theile zuzuweiſen*, z. B. „dem A. und B. vermache ich mein Haus".

Das galt im alten Rechte beim Vindikationslegate als re et verbis conjunctio, mit anderen Worten als eventuelle Berufung der in einem Satze Verbundenen auf das Ganze ſo, daß Anwachſungsrecht eintrat. War freilich die Form des Damnationslegates gewählt, ſo entſtanden in dieſem Falle ſchlechthin Theilobligationen gemäß allgemeiner Regel des römiſchen Obligationsrechtes.[3]

Juſtinian legte dem unificirten Vermächtnißrechte ſeiner Zeit die Regel des Vindikationslegates zu Grunde.

Es tritt alſo Anwachſungsrecht ein. Etwaige Laſten der ausfallenden Portion hat der Kollegatar zu tragen, er hat dagegen aber auch die freie Wahl, ob er die Anwachſung will oder nicht.[4]

---

2) § 8 J. de legatis 2, 20. Si eadem res duobus legata sit sive conjunctim sive disjunctim, si ambo perveniant ad legatum, scinditur inter eos legatum: si alter deficiat, quia aut spreverit legatum aut vivo testatore decesserit aut alio quolibet modo defecerit, totum ad collegatarium pertinet. conjunctim autem legatur, veluti si quis dicat „Titio et Sejo hominem Stichum do lego", disjunctim ita: „Titio hominem Stichum do lego, Sejo Stichum do lego." sed et si expresserit „eundem hominem Stichum" aeque disjunctim legatum intellegitur.

3) Siehe das Nähere bei Gajus Inst. II §§ 199, 205, 223. Ulpian. fragm. XXIV. §§ 12, 13. Salkowski a. a. O. S. 4 Anm. 9. Der Rechtszuſtand wurde noch weiter verwickelt durch die lex Papia Poppaea. Dieſelbe ſchloß die Akkreſcenz bei Legaten in der Regel aus, die erledigte Portion wurde caducum. Ulpian. fragm. tit. XVII §§ 1 und 2, tit. XXIV §§ 12 und 13, Gajus Inst. II. §§ 206—208. Dies caducum fiel zuvörderſt an den collegatarius conjunctus, si liberos habet. Hierbei ſah man, da es ſich um eine willkürliche Zutheilung handelte, nur auf Verbindung in demſelben Satze — conjunctio verbis —, ohne ſich darum zu kümmern, ob der Erblaſſer die Zuſammengerufenen auch wirklich auf die ganze Sache wenigſtens eventuell gerufen hatte. Ueber die caducariſchen Beſtimmungen vgl. van Wetter, droit d'accroissement entre collegataires Bruxelles, 1886 p. 155. Juſtinian hat auch dies Kaducitätsrecht durch die l. un. C. de caducis tollendis 6, 51 beſeitigt.

4) l. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51. Ubi autem legatarii vel fideicommissarii duo forte vel plures sunt, quibus aliquid relictum sit, si quidem conjunctim hoc relinquatur et omnes veniant ad legatum, pro sua portione quisque hoc habeat. Sin vero pars quaedam ex his deficiat, eam omnibus, si habere maluerint, pro virili portione cum omni suo onere adcrescere vel, si omnes noluerint, tunc apud eos remanere, a quibus derelictum est: cum vero quidam voluerint, quidam noluerint, volentibus solummodo id totum accedere. Sin autem disjunctim fuerit relictum, si quidem omnes hoc accipere et potuerint et maluerint, suam quisque partem pro virili portione accipiat . . Sin vero non omnes legatarii, quibus separatim res relicta sit, in ejus acquisitionem concurrant . . apud ipsum qui habet solida res maneat nullius concursu deminuta . . Sin autem ad deficientis personam onus fuerit collatum,

2. Die größte Streitfrage besteht darüber, ob das gleiche Anwachsungsrecht auch einzutreten hat, falls der Erblasser, welcher Mehreren dieselbe Sache vermacht, *ausdrücklich* Theile zufügt, z. B. „A. und B. sollen mein Rittergut *je zur Hälfte* haben".

Man formulirt dies häufig so: Haben „verbis tantum conjuncti" ein Anwachsungsrecht?[5]

Aber wenn sie bloß sprachlich und nicht auch *sachlich* verbunden sind, können sie kein Anwachsungsrecht haben, weil sich die Anwachsung nur darauf gründen kann, daß ihnen der Erblasser eventuell die ganze Sache zudachte.

Das Richtige ist zu antworten, daß *an sich*, *wer bloß zum Theile* ernannt ist, damit *nicht ohne Weiteres eventuell* zum Ganzen berufen sein sollte; daß aber aus den Umständen des Falles allerdings erhellen kann, daß solche Legatare eventuell das Ganze haben sollten. Dann sind aber die *scheinbar* bloß „verbis conjuncti" *in der That* auch „re conjuncti".

3. In Rom war es gewöhnlich, daß man die mehreren Legatarien „disjunctim", d. h. in verschiedenen Sätzen auf dieselbe Sache berief, z. B. dem „A. vermache ich den Stichus, dem B. vermache ich den Stichus auch".

Dies galt beim Vindikationslegat als „re tantum conjunctio", gab also Akkrescenzrecht; ganz anders freilich beim Damnationslegat.

Justinian adoptirte auch hier die Regel des Vindikationslegates. Er verordnete auch, daß der Kollegatar in diesem Falle die dem ausfallenden Kollegatar aufgelegten Lasten nicht tragen soll, dagegen aber auch die Anwachsung nicht zurückweisen kann, wenn er seinen Theil erwirbt.

---

hoc non sentiat is, qui non alienum sed suum legatum imminutum habet. Et varietatis non in occulto sit ratio, cum ideo videtur testator disjunctim hoc reliquisse, ut unusquisque suum onus, non alienum agnoscat nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas conjunctim ea disponere.

5) Die Frage so stellen, heißt sie verneinen. Denn wenn der Erblasser die Legatare nicht zugleich auf die ganze Sache wenigstens eventuell berufen wollte, wie kann ihnen die ganze Sache zukommen? Derartiges war möglich bei der Zutheilung der caduca, welche nicht nach dem Willen des Erblassers geschah, sondern eine gesetzliche Belohnung für die Produktion von Kindern bildete. Auf diese caducorum vindicatio bezieht sich die famose l. 89 de leg. III schon nach ihrer Inskription „ad legem Juliam et Papiam Poppaeam". Bezüglich der Akkrescenz entscheidet der Wille des Erblassers, unter Umständen freilich nur der vermuthete. Von dieser Basis geht offenbar Justinian in der Reform des Akkrescenzrechtes mittels der l. un. § 11 C. cit. aus. Die Frage kann daher nur sein, ob in einer Verfügung, welche die l. 89 cit. eine verbis tantum conjunctio nennt „Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego" nicht unter Umständen eine sachliche Verbindung gefunden werden muß. Es ist dies Sache der Interpretation des konkreten Falles, was freilich Burchardi in Bekkers Jahrbuch Bd. 5 n. 1 in Abrede stellt, aber ohne zureichende Gründe. Vgl. Arndts bei Glück Bd. 48 S. 30.

Eine ſolche Formulirung wird übrigens heutzutage ſehr ſelten vorkommen.[6]

Der Grundſatz portio portioni accrescit gilt auch für Legate. Der Legatar muß daher die Anwachſung nicht erleben.[7]

§ 114. Die Subſtitutionen bei Vermächtniſſen.

Es ſind Subſtitutionen bei Vermächtniſſen möglich, nämlich:

1. direkte Subſtitutionen entſprechend der Vulgarſubſtitution bei Erbeseinſetzungen auf den Fall, daß der zunächſt Honorirte das Vermächtniß nicht erwirbt.

Dieſe Subſtitution iſt in der Regel als erledigt anzuſehen, ſowie dem zunächſt Honorirten das Vermächtniß cedirt, auch wenn er den Erbſchaftsantritt nicht erlebt.[1]

Im Falle der Repudiation durch den zuerſt Honorirten rückt aber der Subſtitut ein, da ſie ſo wirkt, als hätte der Repudiirende nicht erworben.[2]

2. Durch fideikommiſſariſche Subſtitutionen werden ſucceſſive Vermächtniſſe begründet, bei welchen die vermachte Sache zuerſt dem Einen, und dann, ſei es nach Zeit oder unter Bedingungen oder auch ſofort, dem Anderen zugedacht iſt.

Erwirbt der Vorvermächtnißnehmer nicht, ſo gilt der Erbe als mit dem Nachvermächtniſſe belaſtet.

Eine beſondere Art des ſucceſſiven Vermächtniſſes iſt das römiſche Familienfideikommiß.

Daſſelbe weicht weit ab von dem deutſchrechtlichen Familienfideikommiſſe, mit dem es nicht viel mehr als den Namen gemeinſam hat.

Allerdings war auch das römiſche Familienfideikommiß urſprünglich den Agnaten beſtimmt.[3] Aber nach der Entwickelung der ſpäteren Zeit gilt es für alle, auch kognatiſche Familiengenoſſen und in deren Ermangelung ſelbſt für deren Ehegatten.[4]

---

6) Niemand wird leugnen, daß der Grund, welchen Juſtinian am Schluſſe der l. un. § 11 C. de cad. toll. — oben Anm. 4 — für die beſondere Behandlung der „disjunctim“ gerufenen Kollegatare anführt, heutzutage nicht mehr beſteht, da die Denk- und Sprechweiſe unſerer Teſtatoren eine von der römiſchen ganz verſchiedene iſt.

7) Vgl. oben Bd. 3 § 91.

1) l. 50 pr., l. 77 § 13 D. de leg. II, l. 3 § 1 D. de adimendis leg. 34, 4. Zimmern im Archiv für civ. Praxis Bd. 9 n. 18.

2) l. 6 C. de legatis 6, 37.

3) l. 32 § 6 D. de leg. II beſchränkt es auf Perſonen „ex nomine defuncti“, die l. 69 § 4 D. eod. läßt auch die „emancipati“ zu.

4) l. 5 C. de V. S. 6, 38.

Eine bestimmte Erbfolgeordnung bildete sich beim römischen Familienfideikommisse nicht. Der jeweilige Inhaber kann dessen Objekt beliebig einem Familiengenossen zuwenden.[5] Dasselbe kann auch im Miteigenthume mehrerer Familienglieder stehen.

Dagegen darf das Objekt des Fideikommisses nicht aus der Familie, sei es durch Verfügung unter Lebenden oder von Todeswegen herausgebracht werden. Wird dem zuwidergehandelt, so können es die Familienglieder in Anspruch nehmen.[6] Die des nächsten Grades haben zunächst das Recht auf dasselbe.[7]

Das römische Familienfideikommiß dauert nicht für immer. Vielmehr wird sein Objekt in der vierten Hand freies Gut.[8]

C. Das Prälegat.[1]

§ 115. Begriff und Wirkungen des Prälegates.

Auch ein Erbe kann mit Vermächtnissen honorirt werden.

Die Neueren unterscheiden Prälegate im weiteren und im engeren Sinne.

Prälegate im weiteren Sinne bilden Vermächtnisse zu Gunsten eines Erben, deren Entrichtung seinen Miterben persönlich oder Dritten aufgelegt ist. Dieselben haben nichts Eigenthümliches. Besondere Rechtssätze gelten nur für Prälegate im engeren Sinne, d. h. Vermächtnisse zu Gunsten eines Miterben, welche den Erben als solchen obliegen. Dahin gehören selbstverständlich alle Prälegate, welche den Onerirten nicht bezeichnen.[2]

---

5) l. 67 pr. § 2 D. de leg. II., l. 114 § 17 D. de leg. I.

6) Wer zur Veräußerung an Fremde seine Zustimmung giebt, verliert sein Recht, l. 11 C. de fideicommissis 6, 42.

7) l. 69 § 3 D. de leg. II. Die Quellen sprechen sich nicht darüber aus, ob die Gradesnähe mit dem Stifter oder die mit dem letzten Inhaber maßgebend ist. Mit Recht nimmt Windscheid Bd. 3 § 637 Anm. 5 als dem Willen des Stifters entsprechend an, daß sich die Gradesnähe „was die zur Zeit des Todes des Erblassers Lebenden angeht, nach dem Erblasser, in Betreff der später Geborenen nach dem letzten Inhaber" bestimme.

8) Die Novelle 159 bestimmt dies nur für einen Fall, in welchem ein Vorgänger in der Unmündigkeit verstarb. Doch auf dieses besondere und wohl zufällige Moment legt die gemeine Meinung kein Gewicht; vgl. Pfeiffer, praktische Ausführungen Bd. 3 S. 54. Anders Windscheid Bd. 3 § 637 Anm. 7. Ueberhaupt ist zu vergleichen Stölzel über fideik. Subst. bei Gruchot Bd. 19 S. 641.

1) Die Monographien über Prälegate stellt Arndts bei Glück Bd. 47 S. 22 und 23 zusammen. Es gehört dahin namentlich das weitschichtige Werk von Buchholtz 1850. Dazu kam Kretschmar, die Natur des Prälegats 1884.

2) Der Ausdruck „praelegare" wird in den Quellen für das, was die Neueren „Prälegat" nennen, häufig gebraucht. Doch ist derselbe keineswegs streng technisch

1. Da der Honorirte zu den ernannten Erben gehört, so ist das Prälegat auf Höhe seines Erbtheiles ungültig hinterlassen.[3] Denn Niemand kann bezüglich desselben zugleich honorirt und onerirt, Berechtigter und Verpflichteter sein. Man streitet darüber, ob das Prälegat insoweit von vornherein ungültig ist, oder ob es nur ungültig wird, wenn der Prälegatar später wirklich Erbe wird — s. g. Erfolgstheorie[4] —. Das erstere scheint das konsequente, für das letztere scheint zu sprechen, daß das Prälegat Geltung hat, wenn der Prälegatar die Erbschaft nicht antritt.

Es ist aber die Frage nicht richtig gestellt.

Das Prälegat ist, soweit es den Prälegatar onerirt, von Anfang an ungültig. Dasselbe belastet aber zugleich eventuell Jeden, wer immer sonst Erbe wird. Und diese eventuellen Erben sind für den Fall ihres Eintrittes offenbar von vornherein gültig belastet.

Wird also der Prälegatar nicht Erbe, so ist der Akkrescenzerbe zur Entrichtung eines Legates nach Höhe der Erbportion, die er schließlich erhält, verbunden. Das Gleiche kann auch der Fall sein, wenn ein Vulgarsubstitut an Stelle des Prälegatars der Erbe wird.[5]

---

und hat oft ganz andere Bedeutungen, vgl. Arndts a. a. O. S. 22. Für die Anordnung eines Prälegates bot sich in klassischer Zeit die Form des legatum per praeceptionem zunächst, vgl. oben Bd. 3 § 64, siehe über dasselbe vorzugsweise Degenkolb, de legato quod fiebat per praeceptionem Berol. 1855. Es konnten aber Vorvermächtnisse auch in anderen Legatsformen angeordnet werden, insbesondere durch Vindikations- und Damnationslegate, sowie durch Fideikommisse.

3) Ulp. fragmenta XXIV § 22. Heredi a semet ipso legari non potest. Die Formulirungen der Pandektenjuristen siehe bei Kretschmar a. a. O. S. 17.

4) Siehe Kretschmar a. a. O. S. 26.

5) Mehrfach wird ausdrücklich für den Fall der Ausschlagung der Erbschaft durch den Prälegatar ausgesprochen, daß er sodann das ganze Legat fordern könne, l. 17 § 2, l. 18 D. de leg. I., l. 87 D. eod., l. 12 C. de legatis 6, 37, und ganz allgemein spricht dies für den Fall, daß der Prälegatar „hereditatem non adisset", die l. 91 § 2 D. de leg. I. aus. Dennoch scheint für den Fall des Versterbens des Prälegatars vor dem Erwerb der Erbschaft das Gegentheil festzustellen, l. 75 § 1 D. de legatis II. von Papinianus libro 6 responsorum: Pro parte heres institutus, cui praeceptiones erant relictae, post diem legatorum cedentem ante aditam hereditatem vita decessit. partem hereditatis ad coheredes substitutos pertinere placuit, praeceptionum autem portiones, quae pro parte coheredum constiterunt, ad heredes ejus transmitti. Ueber die verschiedenen Ansichten vgl. Arndts a. a. O. S. 90 ff., Kretschmar a. a. O. S. 78 ff. Die herrschende Lehre geht dahin, daß das Prälegat im Falle der „Abstinenz", also wenn der Prälegatar der Erbschaft entsage, ganz geschuldet werde, wenn er aber vor der Erklärung sterbe, dann bleibe der auf ihn entfallende Theil des Prälegates nichtig. Eine innere Berechtigung hat diese Distinktion keinenfalls. Es entspricht dem vermuthlichen Willen des Erblassers gewiß eher, daß das Prälegat ganz geschuldet wird, wenn der Prälegatar vor der Erklärung über den Erbschaftsantritt stirbt, also durch Zufall an dem Erbschaftsantritt verhindert wird, als wenn er willkürlich die Erbschaft ausgeschlagen hat. Die künstlichen Deduktionen Bangerows

2. Der Prälegatar, welcher seinen Erbtheil erwirbt, behält in der Regel den ihm von sich selbst, also ungültig vermachten Theil seines Prälegates als Erbe, während er die anderen Theile als Legatar erhält. Er hat daher doch das Ganze der vermachten Sache, und es könnte gleichgültig erscheinen, daß er es nur zum Theil als Vermächtniß, zum Theil aber als Erbe erhielt.

Indessen kann jene Unterscheidung erhebliche Folgen haben.

Denn vor Allem wird ihm der Theil des Prälegates, der ungültig vermacht ist und den er als Erbe besitzt, in die Falcidische Quart eingerechnet, was bei ihm zugewendeten Vermächtnissen nicht der Fall ist.[6] Ferner muß er dann, wenn ihm die Herausgabe seines Erbtheils an einen Universalfideikommissar aufgelegt ist, als einen Bestandtheil desselben in der Regel den Theil des Prälegates mit erstatten, welcher ungültig vermacht ist.[7]

§ 116. Die Akkrescenz beim Prälegat.

In virtuoser Technik behandelten die römischen Juristen die Akkrescenz beim Prälegat.

Sie gingen hierbei von zwei Sätzen aus, die an sich wohl begründet scheinen.

Einmal: das, was dem Prälegatar von sich selbst hinterlassen ist, ist ungültig vermacht.

Dann: der Kollegatar erwirbt das ganze Vermächtniß, soweit es der mit ihm Verbundene nicht erwirbt und insbesondere nicht erwerben kann.

Gab man das einmal zu, so schienen auch die Konsequenzen unausweichlich:

a) Einem der Miterben ist zusammen mit einem Kollegatar eine

Bd. 2 § 523 S. 431, welche die Unterscheidung aus formalen Gründen rechtfertigen sollen, sind mißlungen, vgl. Arndts a. a. O. S. 94. Unseres Erachtens liegt das Schwergewicht der Entscheidung Papinians darauf, daß an Stelle des Prälegatars ein Substitut einrückte. Papinian nimmt eben an, daß der Erblasser im Zweifel dem Substituten Alles zuwenden will, was der Institut als Erbtheil erhalten hätte. Er sieht ihn also im Sinne des Erblassers als auf den Theil des Prälegates nicht als onerirt an, welcher beim Institut Erbtheil gewesen wäre. Diese Erklärung wird dadurch sehr unterstützt, daß bei der fideikommissarischen Substitution der Fiduciar in der Regel den auf ihn selbst entfallenden Theil des Prälegates an den Universalfideikommissar zu erstatten hat, siehe unten Anm. 7.

6) l. 74 D. ad legem Falcidiam 35, 2, l. 86, l. 91 D. eod.

7) l. 19 § 3 D. ad. S. C. Trebellianum 36, 1. Ueber die hiermit scheinbar im Widerspruch stehende l. 86 D. ad legem Falcidiam ist zu vergleichen Vangerow Bd. 2 § 523 S. 419.

Sache vermacht. Dem Kollegatar fällt dann zu, was dem Prälegatar von sich selbst ungültig vermacht ist. Ist also A. und B. jeder zur Hälfte Erbe, und ist außerdem dem A. zusammen mit den Kollegataren C. und D. ein Grundstück vermacht, so erhält A. nur $^1/_6$ des Grundstückes, nämlich das Drittel der Hälfte des Grundstückes, welche sein Miterbe B. zu entrichten hat, alles Andere aber fällt an die Kollegatare C. und D.[1]

b) Noch auffallender steht es, wenn Miterben zu ungleichen Erbtheilen eingesetzt und zudem als Kollegatare mit einem Prälegat honorirt sind. Je größer dann die Erbportion eines jeden ist, desto kleiner wird sein Antheil an der prälegirten Sache, je kleiner seine Erbportion ist, desto größer sein Antheil an dem Prälegate! Es ist z. B. A zu $^1/_{12}$ und B. zu $^{11}/_{12}$ zu Erben eingesetzt und Beiden ein Grundstück vermacht. Dann erhält A. die $^{11}/_{12}$, welche der B. zu prästiren hat und an welchen dieser keinen Vermächtnißanspruch hat, und B. erhält das $^1/_{12}$, welches der A. zu prästiren hat.[2]

Diese Sätze müssen sich in altrömischer Zeit gebildet haben, in welcher man die Rechtsregeln mehr mechanisch anwendete, und die Folgen wie ein Fatum trug. Da sie einmal galten, accommodirte sich ihnen auch der Wille der römischen Erblasser, und es mag solche gegeben haben, die ihre Freude an dem neckischen Spiele einer derartigen Verfügung hatten.[3]

Dem Willen deutscher Erblasser würden die dargestellten Sätze aber total widersprechen. Derselbe geht offenbar dahin, daß dem Erben

---

1) l. 84 § 11 D. de leg. I. Ulpianus libro 21 ad Sabinum: Si duobus sit legata quorum alter heres institutus sit, a semet ipso ei legatum inutiliter videtur ideoque quod ei a se legatum est ad collegatarium pertinebit, l. 116 § 1 D. eod Florentinus libro 11 institutionum. Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest. itaque si fundus legatus sit ei, qui ex parte dimidia heres institutus est et duobus extraneis, ad heredem cui legatus est sexta pars fundi pertinet, quia a se vindicare non potest, a coherede vero semissario duobus extraneis concurrentibus non amplius tertia parte: extranei autem et ab ipso herede cui legatum est semissem et ab alio herede trientem vindicabunt.

2) l. 84 § 12 D. cit. — oben Anm. 1 — Inde dicitur, si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim unciis, et eis fundus legatus sit, unciarium heredem undecim partes in fundo habiturum, coheredem unciam.

3) Die in Anm. 1 und 2 wiedergegebenen Stellen rechtfertigen die im Texte ausgeführten Sätze. Dieselben sind insbesondere von Vangerow im Archiv für civ. Praxis Bd. 35 n. 8 und Pandekten Bd. 2 § 523 S. 421 überzeugend als die römischen vertheidigt worden. Unter den von den Gegnern angeführten Stellen ist allein bedenklich l. 67 § 1 D. de legat I. von Gajus. Sollte Gajus aber auch eine Sondermeinung gehabt haben, so wäre sie nicht im römischen Rechte durchgedrungen. Immerhin sind die Meinungen getheilt, vgl. Kretschmar a. a. O. S. 165.

der Theil der Sache, welcher ihm von ſich ſelbſt ungültig vermacht iſt, in ſeiner Eigenſchaft als Erbe verbleibt, daß alſo das Anwachſungsrecht ſeiner Kollegatare, bezüglich dieſes Sachtheiles, inſoweit nicht eintritt. Dies muß maßgebend ſein.[4]

III. Schenkungen auf den Todesfall.

§ 117. Begriff und Arten der Schenkungen auf den Todesfall.[1]

Schenkungen auf den Todesfall oder von Todeswegen[2] — mortis causa — ſind für den Fall gemacht, daß der Schenker vor dem Beſchenkten ſtirbt.[3]

Sie werden alſo erſt perfekt mit dem Verſterben des Schenkers vor dem Beſchenkten und ſind ohne Kraft, wenn dies nicht geſchieht.[4] Auch kann ſie der Schenker in der Regel willkürlich widerrufen,[5] doch iſt Verzicht auf dieſes Widerrufsrecht zuläſſig.[6]

Nicht jede Schenkung, die der Schenker in Erwartung und in dem Gedanken ſeines Todes vornimmt, iſt Schenkung auf den Todesfall. Oft handelt es ſich hierbei vielmehr nur um eine gewöhnliche Schenkung, unter Hervorhebung ihrer Veranlaſſung.[7] Ob Schenkung auf den Todes-

4) Vgl. Windſcheid Bd. 3 § 627 Anm. 7 und 8.

1) Tit. Dig. de mortis causa donationibus 39, 6, Cod. eod. 8, 56. W. Müller, Natur der Schenkung auf Todesfall 1827; Savigny, Syſtem Bd. 4 S. 289; Vangerow Bd. 2 §§ 561 ff.; Keller, Inſtitutionen S. 343; Alfred Cohen, Schenkung von Todeswegen 1878, ausführliche Münchener Inauguraldiſſertation.

2) Die ältere deutſche Bezeichnung iſt Schenkung auf den Todesfall. Sie iſt wohl die charakteriſtiſchſte. Seit Haſſe, rhein. Muſeum Bd. 2 S. 300 ſpricht man meiſt von „Schenkungen Todes halber" oder in noch engerem Anſchluß an die römiſche Bezeichnung „von Todeswegen".

3) § 1 J. de donationibus 2, 7: Mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam eum cui donatur, magisque eum cui donat quam heredem suum. Vgl. l. 1 pr., l. 35 § 2 D. h. t. 39, 6.

4) l. 32 D. h. t. 39, 6. Es iſt ſcharf zu unterſcheiden die Schenkung, welche erſt mit dem Tode des Schenkers perfekt wird, und das Mittel, durch welches ſie ſich verwirklicht, die Uebereignung des Schenkungsobjekts, welche ſehr häufig unmittelbar mit der Vollziehung des Schenkungsaktes perficirt wird. Das Verhältniß iſt kein anderes, wie bei der Uebereignung von Objekten zur dos vor dem Abſchluſſe der Ehe. Eigenthum geht auch dabei ſofort über, die dos perficirt ſich erſt mit dem Eheſchluſſe. Dies hat namentlich Brinz 1. Aufl. Bd. 2 S. 1461 ausgeführt. Vgl. ferner Cohen a. a. O. S. 45.

5) l. 16, l. 30 D. h. t. 39, 6.

6) l. 13 § 1, l. 35 § 4 D. h. t. Nov. 87 pr. c. 1.

7) l. 27 D. h. t. 39, 6. Marcianus libro 5 regularum: Ubi ita donatur mortis causa, ut nullo casu revocetur, causa donandi magis est quam mortis causa donatio: et ideo perinde haberi debet atque alia quaevis inter vivos donatio. ideoque inter viros et uxores non valet ideo nec Falcidia locum habet quasi in mortis causa donatione.

fall vorliegt, ist Frage der Interpretation. Die Praxis nimmt eine solche namentlich dann an, wenn sich der Schenker das freie Widerrufsrecht vorbehalten hat.[8]

1. Wie Schenkungen anderer Art werden auch die auf den Todesfall durch Verträge unter Lebenden errichtet.

Der Abschluß ist in der gewöhnlichen Weise möglich, also bis zu 500 solidi formlos und darüber hinaus durch gerichtliche Insinuation.

Letztere kann aber durch Erklärung des Schenkers vor 5 Zeugen ersetzt werden.[9] Die Acceptation des Beschenkten ist auch hierbei wie im Falle der Insinuation nothwendig, kann aber, wie bei dieser, formlos und unter Abwesenden geschehen.

2. Zu unterscheiden sind zwei Arten von Schenkungen auf den Todesfall:[10]

a) die eine ist für den Fall des Todes des Schenkers in einer gegenwärtigen Gefahr gemacht. Sie wird kraftlos im Falle des Ueberstehens dieser Gefahr;

b) die andere knüpft sich allgemein an das Früherſterben des Schenkers, ohne an eine bestimmte Todesgefahr gebunden zu sein.

Geben, Versprechen, wie auch Verzicht können Schenkungen auf den Todesfall bewirken.

Die Hingabe des Schenkungsobjektes kann so geschehen, daß der Beschenkte zunächst nur Detention und erst mit dem Tode des Schenkers juristischen Besitz und Eigenthum erhalten soll, so daß Beides also suspensiv bedingt ist. Dergleichen kommt nicht leicht anders als bei

---

8) Seuffert, Archiv Bd. 30 n. 46 und dort Citirte, Cohen a. a. O. S. 11.

9) l. 4 C. h. t. 8, 56. Justinianus a. 530. Es bestehen tief eingreifende Streitfragen: a) Wird die Kodicillarform erfordert beziehungsweise genügend, oder werden nur 5 Zeugen erfordert, sind aber diese immer nothwendig? Die Verfügung Justinians geht dahin „ita res procedat, ut si quinque testibus praesentibus aliquis voluerit mortis causa donationem facere et sine monumentorum accessione res gesta maneat firmitate vallata". Hieran ist festzuhalten. Allerdings war sein Motiv, daß die Schenkungen von Todeswegen den Legaten verwandt seien, und offenbar schwebte ihm die Kodicillarform als Muster vor. Das beweist aber nicht, daß er sie schlechthin übertragen wollte. Er bestimmte die Errichtungsform eben nur analog. Aehnlich Vangerow Bd. 2 § 563 S. 569, welcher jedoch inkonsequenter Weise von den Zeugen die Eigenschaft „der Kodicillarzeugen", also nach seiner Ansicht von Testamentszeugen fordert. b) Es ist ferner sehr bestritten, ob die l. 4 C. h. t. 8, 56 eine ausschließliche Form für die Schenkungen von Todeswegen einführte oder ob auch die alten Formen, insbesondere die gerichtliche Insinuation ausreichen. Das letztere ist das Richtige, denn Justinian hebt die älteren Formen nicht auf. Die Litteratur über diese Streitfrage siehe bei Schröter in Lindes Zeitschrift Bd. 2 S. 148 und Cohen S. 19.

10) l. 2—6, l. 8 § 1, l. 31 § 2 in fine D. h. t. 39, 6.

Schenkungen vor, die an eine unmittelbare Todesgefahr geknüpft sind, bei denen baldige Entscheidung zu erwarten steht.[11]

In der Regel dagegen erhält der auf den Todesfall Beschenkte unmittelbar Besitz und Eigenthum mit der Hingabe. Perficirt sich hinterher die Schenkung nicht, insbesondere weil der Beschenkte vor dem Schenker stirbt, so hat der letztere eine condictio, weil der Zweck der Hingabe vereitelt ist.[12] Manche römische Juristen betrachteten aber die Uebereignung geradezu als resolutiv bedingt, so daß sie der Schenker auflösen konnte, wenn der Beschenkte vor ihm starb.[13] Dies wurde justinianisches Recht. Der Schenker hat hiernach die Wahl zwischen der condictio, mit welcher er die Bereicherung des Beklagten aus der Beschenkung herausfordert,[14] und der Vindikation des Weggegebenen.

§ 118. Unterordnung der Schenkungen auf den Todesfall unter die Theorie der Vermächtnisse.

Die Schenkungen auf den Todesfall verfolgen ähnliche Zwecke wie die Vermächtnisse. Wie diese entziehen sie dem Verfügenden noch

11) Vgl. l. 2 D. h. t. 39, 6. Ulpianus libro 32 ad Sabinum: Julianus libro septimo decimo digestorum tres esse species mortis causa donationum ait, unam cum quis nullo praesentis periculi metu conterritus, sed sola cogitatione mortalitatis donat. aliam esse speciem mortis causa donationum ait, cum quis imminente periculo commotus ita donat, ut statim fiat accipientis. tertium genus donationis ait, si quis periculo motus non sic dat ut statim faciat accipientis, sed tunc demum, cum mors fuerit insecuta. Es ist dies keine Eintheilung, die auf einem einheitlichen Eintheilungsprincipe beruht, und logisch und abstrakt erscheint sie unhaltbar. Julian wollte nur die drei Haupterscheinungen darstellen, in denen die mortis causa im Leben vorkam. Offenbar fand er eine suspensiv bedingte Hingabe nur bei Schenkungen in unmittelbarer Todesgefahr.

12) l. 35 § 3 D. h. t. Paulus libro 6 ad legem Juliam et Papiam ... nec dubitaverunt Cassiani, quin condictione repeti possit quasi re non secuta. Dies wird wohl um deswillen hervorgehoben, weil die Sabinianer sich der Anwendung einer actio praescriptis verbis widersetzten, welche die Prokulianer befürworteten und die gleichfalls in späterer Zeit allgemeine Anerkennung fand.

13) l. 29 D. h. t. 39, 6. Ulpianus libro 17 ad edictum: Si mortis causa res donata est et convaluit qui donavit, videndum an habeat in rem actionem, et si quidem quis sic donavit, ut, si mors contigisset, tunc haberet, cui donatum est — also suspensiv bedingt — sine dubio donator poterit rem vindicare: mortuo eo tunc is cui donatum est. si vero sic ut jam nunc haberet, rederet. si convaluisset vel de proelio vel peregre redisset, potest defendi in rem competere donatori si quid horum contigisset interim ei cui donatum est. Eine derartige Resolutivbedingung hat wohl schon Julian unter gewissen Voraussetzungen angenommen l. 14 D. h. t. 39, 6; vgl. jedoch auch l. 19, l. 37 § 1 D. eod.

14) Die Kondiktion geht auch auf den vom Beschenkten für die geschenkte Sache erworbenen Kaufpreis, l. 37 § 1 D. h. t., sowie auf die vom Beschenkten gezogenen Früchte, l. 38 § 3 D. de usuris 22, 1. Daß sie nicht über den Betrag der Bereicherung des Beschenkten geht, folgt aus der Natur der Sache.

nichts endgültig, mindern aber seinen Nachlaß. In Folge dessen war man veranlaßt, auf sie zahlreiche Sätze der Theorie der Legate zu übertragen.

Dies gilt vor Allem von Beschränkungen der Legate, namentlich zu Gunsten der Erbschaftsgläubiger,[1] der Erben[2] und pflichttheilsberechtigter Personen.[3 4]

Auch gewisse Begünstigungen der Vermächtnisse übertrug man auf Schenkungen von Todeswegen. Doch geschah dies später, weniger allgemein, mit gerechtfertigtem Zögern.[5] Justinian ging jedoch auch hierin ziemlich weit. Er bestimmte unter anderem, daß das Akkrescenzrecht[6] der Legatare und die cautio Muciana den auf den Todesfall Beschenkten zu gute kommen solle.[7]

Er eignete sich sogar den generellen Satz an, daß das Recht der Legate schlechthin auch für Schenkungen auf den Todesfall gelte.[8]

Das ist aber cum grano salis aufzufassen.

Denn es bleiben wesentliche Verschiedenheiten, welche die Anwendung zahlreicher Sätze des Legatenrechtes ausschließen. Einmal sind die Schenkungen auf den Todesfall unter Lebenden geschlossen. Die für Geschäfte unter Lebenden nothwendige Handlungsfähigkeit, nicht testamenti factio muß daher der Schenker haben.[9] Auch ist die favorable Behandlung der Bedingungen letztwilliger Verfügungen keines-

1) Schenkungen auf den Todesfall werden wie Legate ungültig, wenn der Nachlaß insolvent ist, l. 17 D. h. t. 39, 6.

2) Die lex Furia und Voconia hatten die mortis causa capiones jeder Art wie Legate behandelt. Gajus Inst. II. §§ 225 und 226. Die lex Falcidia hatte Gleiches nicht bestimmt, weil dies in ihr System nicht zu passen schien, wonach dem Erben der vierte Theil der „hereditas“ verbleiben sollte, zu denen die mortis causa donationes nicht gehörten: aber Sever stellte auch sie bezüglich der Falcidia den Legaten gleich, l. 2 § 2 C. h. t. 8, 56, oben Bd. 3 § 101 Anm. 12.

3) Vgl. Fitting, über pflichttheilswidrige Schenkungen im Archiv für civ. Praxis Bd. 50 S. 62.

4) Ferner gehören hierher Beschränkungen der Kapacität, l. 9, l. 22, l. 35 pr. D. h. t. 39, 6.

5) Nur die remissio der condicio jurisjurandi — oben Bd. 3 § 83 Anm. 2 — wird in klassischer Zeit nach l. 8 § 3 D. de cond. inst. 28, 7 auf mortis causa donationes ausgedehnt.

6) l. un. § 14 C. de caducis toll. 6, 51.

7) nov. 22 cap. 44 § 9.

8) l. 37 pr. D. h. t. 39, 6. Ulpianus libro 15 ad legem Juliam et Papiam: Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas: quodcunque igitur in legatis juris est id in mortis causa donationibus erit accipiendum. Im Sinne Ulpians bezog sich dies wohl nur auf die lex Julia et Papia.

9) Es können also namentlich Hauskinder von Todeswegen schenken, bezüglich ihres freien Vermögens sogar ohne Zustimmung des Vaters, l. 25 § 1 D. h. t. 39, 6, vgl. freilich Vangerow Bd. 2 § 428 S. 73, aber auch § 562 S. 566.

wegs ohne Weiteres zu übertragen.[10] Ferner giebt der Erblasser die Sache unmittelbar weg. Der Erbe hat daher gegen den auf den Todesfall Beschenkten das interdictum quod legatorum nicht.[11] Endlich ist es von Wichtigkeit, daß die Schenkung auf den Todesfall keinen Onerirten kennt. Ihre Kraft ist daher nicht davon abhängig, daß die Erbschaft einen Erben findet.

Siebentes Kapitel.

Das Universalfideikommiß.[1]

§ 119. Die Anordnung des Universalfideikommisses.

Das Universalfideikommiß — fideicommissum hereditatis — d. h. die Auflage, die Erbschaft oder eine Quote derselben herauszugeben, beginnt als Vermächtniß und endet als Beerbung.

Das Recht der Universalfideikommisse unterschied sich noch zu Anfang der Kaiserzeit grundsätzlich nicht von dem der anderen Fideikommisse. Aber entsprechend den Intentionen des Erblassers kam es unter Nero zum S. C. Trebellianum, nach welchem sich die Rechte und Pflichten des Erben mit der Restitution der Erbschaft auf den Universalfideikommissar übertragen.

Nunmehr war das Universalfideikommiß von den gewöhnlichen Vermächtnissen wesentlich verschieden, ohne sich doch von dem Vermächtnißrechte völlig loszulösen. Das ergab einen Dualismus, welchen erst die moderne Gesetzgebung abstreifte. Sie nämlich brach völlig mit der Regel „semel heres semper heres“ und machte aus dem römischen Universalfideikommiß die Einsetzung eines Nacherben, welcher dem Vorerben nach einer festgesetzten Zeit oder unter gewissen Bedingungen nachfolgt.[2]

---

10) Das Gegentheil behauptet Windscheid Bd. 3 § 676 Anm. 9, vgl. andererseits Cohen a. a. O. S. 159.

11) l. 1 § 5 D. quod legatorum 43, 3. Ubbelohde, erbrechtliche Interdikte bei Glück, Th. 3 S. 176.

1) Tit. Inst. de fideicommissariis hereditatibus 2, 23, Dig. ad S. C. Trebellianum 36, 1, Cod. 6, 49, Gajus Inst. II §§ 252—258. Vgl. oben Bd. 3 § 65.

2) Dieser Gedanke liegt den Bestimmungen des A.L.R. für die preußischen Staaten zu Grunde I, 12 § 532 und §§ 466 ff. und ist bestimmt ausgesprochen im

Zu dieser Rechtsbildung konnte das römische Recht noch nicht gelangen, wenn es nicht seine Grundlagen verleugnen wollte.

1. Da das Universalfideikommiß zunächst ein Vermächtniß bildet, so geschieht seine *Anordnung nach Vermächtnißrecht*. Sie kann also in Testamenten, Kodicillen und selbst mittels Oralfideikommisses geschehen.[3 4]

Auch der Widerruf erfolgt nach den Regeln der Vermächtnisse, also formlos.

2. Gegenstand des Universalfideikommisses ist der *Nachlaß des Erblassers im Ganzen oder eine Quote seines Nachlasses*. Mit Unrecht behaupten Manche, daß der Erblasser auch eine *von ihm erworbene* Erbschaft zum *selbständigen Gegenstande* eines Universalfideikommisses machen könne. Denn damit würde er diese Erbschaft, welche bereits mit seinem Vermögen vereinigt war, von diesem wieder trennen, und die Gläubiger dieser Erbschaft, statt an seinen Erben, an den Universalfideikommissar verweisen. Es kann aber dem Schuldner nicht freistehen, erworbene Gläubigerrechte durch seine letztwillige Anordnung zu verletzen, indem er die vollzogene, jenen Gläubigern möglicherweise vortheilhafte Konfusion aufhebt.[5]

Nur solche Anordnungen bilden Universalfideikommisse, welche eine mittelbare Universalsuccession bezwecken. Daher ist die bloße Zuwendung des *Betrages* einer Quote der Erbschaft ein einfaches Vermächtniß.[6 7]

österreichischen bürgerl Gesetzbuch § 608. Dem österreichischen Gesetzbuch nähert sich das sächsische Civilgesetzbuch §§ 2503 ff. — Es liegt hierin ein erheblicher Fortschritt und eine nützliche Vereinfachung. Aber sie läßt sich nur durch eine radikal die geschichtliche Wurzel abschneidende Gesetzgebung erreichen. In einer Kompilation der römischen Jurisprudenz, wie sie Justinian veranstaltete, war sie nicht thunlich. Eine „Versäumniß Justinians" findet Brinz Bd. 3 S. 437.

3) § 12 I. h. t. 2, 23.

4) Ein wesentlicher Unterschied ist, daß Vermächtnisse ungültig sind, wenn die Erbschaft insolvent ist, das Universalfideikommiß aber nicht. Die Gründe liegen auf der Hand.

5) Nur bei Soldaten verhält es sich in Folge ihres besonderen Privilegs anders. Unzweideutig hebt dies nach Mäcianus hervor Ulpianus libro 4 fideicommissorum l. 17 § 6 D. h. t. 36, 1: „et quamvis placeat, cum quis hereditatem bonaque quae sibi ab aliquo obvenerunt vel quae in aliqua regione habet, restituere rogat, ex Trebelliano non transeant actiones tamen contra responderi in militis testamento ait". Allerdings scheint Ulpian in dem vorhergehenden § 5 gerade das Gegentheil auszusprechen. Allein es liegt hierbei offenbar ein verdorbener Text vor. Will man nicht den weitgehenden Abänderungen, die Mommsen vorschlägt, beitreten, so genügt es im Eingang des § 5 zu lesen statt et si „quis" et si „miles". Hierdurch würde die Erörterung der beiden §§ einen einheitlichen Charakter gewinnen. Vgl. übrigens Bangerow Bd. 2 § 558 Anm. 111 und dort Citirte. Das erkennt man allgemein an, daß die Senatuskonsulte Anwendung auf „vom Erben zu erwerbende Erbschaften fremder Erblasser" nicht finden, l. 28 § 9 D. h. t.

6) Das klassische Recht kennt neben dem Universalfideikommiß das *legatum*

3. Nur *Universalsuccessoren* des Erblassers sind mit einem Universalfideikommisse belastbar, also namentlich Testaments- oder Intestaterben und die Erben dieser Personen.[8]

Auch einem *Universalfideikommissar* kann ein — successives — Universalfideikommiß auferlegt werden. Es läßt sich dies weiter fortsetzen. Im Leben kommen aber derartige gekünstelte Anordnungen nicht leicht vor.[9]

4. Das Universalfideikommiß ist meist an Zeitbestimmungen oder Bedingungen geknüpft. Häufig wird es für den Fall des Todes des Erben hinterlassen; dann ist der Erbe des Erben der Beschwerte.

Ist ein kinderloser Descendent des Erblassers dessen Erbe und mit einem Universalfideikommisse auf den Fall seines Todes belastet, so gilt dies nach gesetzlicher Vermuthung als dadurch bedingt, daß er ohne Hinterlassung ehelicher Descendenz verstirbt.[10]

Der Zweck der Universalfideikommisse ist in der Regel, dem *fidu-*

---

partitionis, vermöge dessen der Erbe die Nachlaßobjekte mit dem Legatar zu theilen hatte, dieser aber dafür versprechen mußte, für einen entsprechenden Theil der Erbschaftsschulden aufzukommen. Ulpian. fragm. XXIV § 25, XXV §§ 14 und 15. Noch in den Pandekten finden sich zahlreiche Stellen, welche die partitio legata behandeln. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 556. Manche behaupten um deswillen, daß sich die justinianische *Verschmelzung von Legat und Fideikommiß* nur auf *Singularvermächtnisse* beziehe, daß dagegen der alte Gegensatz zwischen dem fideicommissum hereditatis und der partitio legata auch im justinianischen Rechte fortdauere. Dies ist mit der Verordnung Justinianus unvereinbar und müßte zu verkehrten Resultaten führen. Aber ebensowenig läßt sich mit Fug bestreiten, daß der Erblasser, ähnlich wie bei der alten partitio legata, noch heutzutage die Anordnung treffen kann, daß der Vermächtnißnehmer nur ein Forderungsrecht auf einen Theil des Erbschaftsbetrages erhalten, also nicht in die Rechtsstellung eines Erben rücken soll. Anders jedoch Brinz Bd. 3 S. 439 Anm. 13.

7) Als Universalvermächtnisse werden bestmöglichst manche Anordnungen erhalten, die ihrem Wortlaute und ihrem vollen Gedanken nach nicht ausführbar wären. Hat z. B. der Testator seinen Erben aufgelegt, eine bestimmte Person zum *Erben einzusetzen*, so ist die rechtliche Folge nur, daß der *Nachlaß des Testators* nach dem Tode seines Erben jenem Honorirten als Universalfideikommiß herauszugeben ist. l. 18 pr. D. h. t. 36, 1. Verordnet der Erblasser, daß sein Erbe *kein Testament errichten* solle, so liegt hierin ein Universalfideikommiß über *seinen Nachlaß* zu Gunsten der *Intestaterben* seines Erben. l. 76 pr. D. h. t. Die Auflage an den Erben, die *Erbschaft* mit einem Anderen zu theilen, macht diesen natürlich zum Universalfideikommissar auf die Hälfte. l. 20 § 1 D. h. t. Aber auch die Aufforderung, mit einem Anderen Gütergemeinschaft zu haben, bildet ein Universalfideikommiß zu dessen Gunsten, abhängig von der Bedingung, daß dieser auch sein Vermögen theilt.

8) l. 1 § 8 D. h. t. 36, 1. Auch der Vormund des Erben kann zur Restitution aufgefordert werden, die er aber in des Mündels Namen vollzieht.

9) § 11 I. h. t. 2, 23. l. 1 § 8 D. h. t. 36. 1, vgl. l. 57 § 2 D. eod., l. 7 § 1 b und c C. h. t. 6, 49. Von diesem successiven Universalvermächtnisse, wie gesagt, einer seltenen und wenig gesunden Rechtsfigur, handelt Arndts in einem besonderen § 588.

10) l. 102 D. de cond. et dem 35, 1, l. 30 C. de fideicommissis 6, 42, l. 7. § 1 C. de instit. vel substitut. 6, 25.

ciarischen Erben die Nutzungen der Zwischenzeit, dem Universalfideikommissar aber die Substanz zuzuwenden. Der Fiduciar behält daher regelmäßig die Nutzungen vom Erbschaftsantritte bis zur Herausgabe der Erbschaft, beziehungsweise bis zu seinem Verzuge in der Herausgabe.[11]

Der Erblasser kann aber andere Zwecke mit dem Universalfideikommisse verfolgen und die Herausgabe der Nutzungen der Zwischenzeit mit dem übrigen Nachlasse anordnen.

§ 120. Die Rechtsverhältnisse bis zur Restitution.

Die Rechtsverhältnisse sind bis zur Restitution des Nachlasses denen der Singularvermächtnisse im Wesentlichen gleichartig.

1. Insbesondere gilt dies hinsichtlich der Weise des Erwerbes.[1]

Der Todestag des Erblassers ist regelrecht der „dies cedens" und begründet also die Vererblichkeit des Universalfideikommisses. Ist es aber bedingt, oder an einen ungewissen Termin geknüpft, der wie eine Bedingung wirkt, so tritt die Vererblichkeit erst mit dem bedingenden Ereignisse ein.

Auch für das Universalfideikommiß gilt als Regel, daß es nur durch den Erwerb der Erbschaft seitens des Erben zu Kräften kommt. Repudiation steht auch dem Universalfideikommissar frei.

Die Wirkungen des Erwerbes gestalten sich dagegen zum Theil anders als bei Singularvermächtnissen. Denn der Universalfideikommissar erlangt nur eine Forderung auf Restitution der Erbschaft. Unrichtig ist die Meinung, daß er Eigenthümer der Nachlaßsachen vor der Restitution werde.[2] Denn den Gegenstand des Universalfideikommisses bilden nicht die Nachlaßsachen, sondern die Restitution des Gesammtnachlasses.

2. Der Fiduciar wird Erbe mit Rechten und Pflichten eines solchen, also Eigenthümer der Erbschaftssachen, Gläubiger der Erbschaftsforderungen, Schuldner der Erbschaftsschulden.

Die Forderungen des Fiduciars gegen den Erblasser und die Schulden desselben diesem gegenüber erlöschen mit dem Erbschaftsantritte

11) Es gilt allgemein und also auch für unbetagte, unbedingte Universalfideikommisse, was Ulpian libro 15 ad Sabinum 1, 19 pr. D. h. t. 36, 1 ausspricht: In fideicommissaria hereditatis restitutione constat non venire fructus nisi mora facta est aut cum quis specialiter fuerit rogatus et fructus restituere, l. 28 § 1 D. eod.

1) Oben Bd. 3 § 107.

2) Dies vertheidigt Brinz Bd. 3 S. 442. Vgl. dagegen Windscheid Bd. 3 § 665 Anm. 1.

durch Konfusion.[3] Entsprechendes gilt für dingliche Rechte, z. B. für Servituten des Erben an Grundstücken des Erblassers.[4]

Im weiteren Verlauf besteht jedoch ein wichtiger Unterschied zwischen den Forderungen und den dinglichen Rechten. Die durch Konfusion untergegangenen *Forderungen* nämlich leben mit der Restitution der Erbschaft *nicht von selbst wieder auf*, da der Erbschaftsantritt durch die Restitution keineswegs zunichte gemacht wird, vielmehr die Basis des Verhältnisses bleibt. Allerdings hat in der Regel Neubegründung jener Forderungen bei der Restitution zu geschehen, sie findet jedoch keineswegs immer statt. Denn der Erblasser hat möglicherweise die Absicht, seine Schuld an den Fiduciar durch Zuwendung der Nutzungen des Nachlasses zu tilgen, so daß eine Wiederherstellung der Forderung unzulässig ist. Dingliche Rechte dagegen, welche durch die Konfusion untergingen, leben von selbst wieder auf, damit sie ihre frühere Priorität wieder erhalten.

Ein gesetzliches *Veräußerungsverbot* untersagt dem Fiduciar die Veräußerung der *Nachlaßobjekte*.[5]

Das Verbotsgesetz spricht nicht von *Nachlaßforderungen*.

Auf sie das Verbot durch ausdehnende Interpretation zu beziehen, ist juristisch bedenklich und unzweckmäßig.[6] Ihretwegen ist daher der Universalfideikommissar nur durch die ihm zu bestellende Sicherheit gedeckt.

Die Veräußerung der Nachlaßobjekte ist dem Fiduciar theils geboten, theils gestattet:

a) Sie ist geboten, wenn sie durch eine sorgfältige Verwaltung gefordert wird. Insbesondere hat sie zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger zu geschehen.[7]

b) Der Erblasser kann sie ferner durch letztwillige Erklärungen verstatten oder auch zur Pflicht machen.

c) Sie ist endlich zulässig, wenn der Universalfideikommissar in sie willigt.[8]

Der Fiduciar steht dem Universalfideikommissar nicht schlechthin

3) l. 61 pr. l. 82 D. h. t. 36, 1.

4) l. 75 § 1 D. h. t. 36, 1.

5) l. 3 § 2—4 C. comm. de leg. 6, 43. Anders Seuffert, das gesetzliche Veräußerungsverbot S. 40.

6) Anders Windscheid Bd. 3 § 665 Anm. 8; vgl. aber Seuffert a. a. O. S. 71.

7) l. 23 § 3 D. h. t. 36, 1. Dem Fiduciar ist gestattet, Theile des Nachlasses zu einer Dotirung, wie auch zu einer propter nuptias donatio zu verwenden, worüber das Nähere l. 23 § 4 D. h. t. 36, 1, nov. 39 cap. 1, Seuffert a. a. O. S. 119.

8) l. 11 C. de fideicommissis 6, 42, Seuffert a. a. O. S. 121.

für leichte Verschuldung ein, haftet vielmehr nach Art eines Miteigenthümers nur für die Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. [9])

§ 121. Der Eintritt des Universalfideikommissars in die Erbenstellung.

Die Erbenstellung geht auf den Universalfideikommissar in der Regel durch Restitution seitens des Fiduciars über, unter Umständen ohne solche kraft Urtheils oder unmittelbar in Folge Gesetzes. [1]

1. Die Restitution geschieht durch Vertrag zwischen Fiduciar und Fideikommissar. Der Vertrag kann in Worte gefaßt — verbis — oder stillschweigend in der Uebergabe der Nachlaßobjekte — re — enthalten sein. [2]

Mit der Restitution verbindet sich in der Regel eine Auseinandersetzung der Betheiligten. Insbesondere kann der Fiduciar zugleich Herstellung seiner durch den Erbschaftsantritt untergegangenen Forderungen gegen den Erblasser verlangen, [3] nicht minder Ersatz nothwendiger oder nützlicher Verwendungen auf den Nachlaß, soweit sie sich nicht mit dem Fruchtertrage kompensiren; ferner Abnahme oder Deckung der für den Nachlaß persönlich von ihm eingegangenen Verbindlichkeiten und Kautionen wegen künftig hervortretender Benachtheiligungen, wenn solche zu befürchten sind.

Da die Restitution ihre Kraft der letztwilligen Verfügung des Erblassers entnimmt, so wirkt sie nur nach deren Maßgabe, daher nicht vor der in dieser Verfügung bestimmten Zeit, und nicht in höherem Maße, als diese anordnete. [4]

Von der rechtlichen ist die thatsächliche Restitution zu unterscheiden, d. h. die Uebergabe der Nachlaßsachen seitens des Fiduciars an den Fideikommissar.

2. Rechtskräftige Verurtheilung des Fiduciars, welcher die Restitution hintanhält, ersetzt dieselbe. [5]

---

9) l. 23 § 3 D. h. t. 36, 1, Arndts § 583. Anders Windscheid Bd 3 § 665 Anm. 7, Salkowski a. a. O. S. 243.

1) Brinz Bd. 3 S. 442 bezeichnet mit Unrecht die Restitution als eine „einseitige" Erklärung des Fiduciars an den Fideikommissar. Es bedarf auch des Willens des Universalfideikommissars, die Erbschaft zu übernehmen. Hat also die Restitution an einem Pupillen zu geschehen, so wird Autorität des Vormundes verlangt. l. 38 § 2 D. h. t. 36, 1, vgl. ferner l. 42 D. eod.

2) l. 38 pr. D. h. t. 36, 1.

3) l. 61 pr. D. h. t. 36, 1. Oben Bd. 3 § 120 Anm. 3.

4) l. 10 D. h. t. 36, 1.

5) C.P.O. § 779.

3. Die Vorbedingung der Restitution ist der Erbschaftserwerb durch den Fiduciar.

In der Regel ist der Erbschaftsantritt Sache des freien Beliebens des Berufenen. Für den Fiduciar aber, dem die Restitution eines Universalfideikommisses aufgelegt ist, tritt nach dem S. C. Pegasianum Zwang ein, welcher vom Magistrate auf Antrag des Universalfideikommissars ausgeübt wird.[6] Die Römer sahen es also als Bürgerpflicht an, daß der Fiduciar das Vertrauen des Erblassers nicht täusche und die Erbschaft behufs der Restitution antrete, sofern er nur gegen materiellen Nachtheil gesichert war.

Dieses Zwangsrecht wurde außerordentlich weit ausgebildet.

a) Seine principielle Voraussetzung ist, daß die Erbschaft dem Fiduciar deferirt sei.

Man hat jedoch theilweise sogar die Delation zwangsweise herbeigeführt. Rein potestative Bedingungen, die nicht Ehre und Interesse des Fiduciars verletzen, werden erzwungen,[7] einige Potestativbedingungen, z. B. die Annahme des Namens des Erblassers durch den Erben, erforderlichenfalls remittirt,[8] keineswegs aber alle Potestativbedingungen.[9] Ist der Inhalt der Bedingung eine Handlung, die auch ein Dritter vornehmen kann, z. B. eine Geldzahlung, so darf sie der Universalfideikommissar statt des Fiduciars erfüllen.

b) Auch wenn der Fiduciar die Erbschaft ausgeschlagen hat, tritt der Zwang zum Antritt noch ein. Die Ausschlagung wird also ignorirt.

c) Der Universalfideikommissar hat das Recht auf das Zwangsverfahren regelrecht erst, wenn der dies cedens seines Fideikommisses eingetreten ist.

Auch dies wurde nicht schlechthin festgehalten. In gewissen Fällen kann nämlich der Universalfideikommissar, dessen Recht noch ein bedingtes ist, den Antritt erzwingen. Der Fiduciar wird dann, wenn die Bedingung des Universalfideikommisses und damit die Möglichkeit der Restitution an den Zwingenden ausfällt, durch in integrum restitutio der Erbschaft wieder entbunden.[10]

---

6) Oben Bd. 3 § 65, l. 17 D. si quis omissa causa testamenti 29, 4, l. 4 D. h. t. 36, 1.

7) l. 7, l. 32 § 2, l. 65 § 7 D. h. t. 36, 1.

8) l. 65 § 10 D. h. t. 36, 1.

9) In der hierfür angeführten l. 65 § 7 D. h. t. 36, 1 ist mit Mommsen zu lesen „sed et remitti eam iniquum visum est“ statt „ab initio“. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 58 S. 549.

10) l. 11 § 2, l. 12, l. 13 pr., l. 32 pr. D. h. t. 36, 1.

d) In Rom wurde über den Zwang extra ordinem beim Magistrate verhandelt. Derselbe nöthigte durch Strafandrohungen den Fiduciar effektiv zum Erbschaftsantritte.

Gemeinrechtlich bedarf es der Erhebung einer Klage.[11] Das verurtheilende Erkenntniß ersetzt Antritt und Restitution.

e) Wer zum Erbschaftsantritte gezwungen ist, wird zwar Erbe, so daß die Destitution des Testamentes abgewendet ist. Doch ist er bloß Durchgangspunkt; die Rechte und Pflichten aus dem Antritte gehen vollständig auf den Universalfideikommissar über, welcher das Zwangsverfahren betrieben hat.[12]

4. In drei Fällen tritt Uebergang der Erbenstellung kraft Gesetzes ohne Restitution oder Urtheil ein:[13]

a) bei Abwesenheit des Fiduciars ohne Vertreter;

b) im Falle des Versterbens des Fiduciars vor dem Erblasser, oder des Versterbens nachher ohne Hinterlassung eines Erben;

c) endlich zu Gunsten successiver Universalfideikommisse.

In den beiden ersten Fällen wird der Universalfideikommissar behandelt, wie wenn er zugleich Vulgarsubstitut wäre.

§ 122. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution.

Mit der freiwilligen oder kraft Urtheils oder Gesetzes vollzogenen Restitution an den Universalfideikommissar ändert sich die Rechtslage vollständig.

1. Der Universalfideikommissar ist nunmehr der mittelbare Universalsuccessor des Erblassers[1] nach dem Maße der Restitution.

Er erlangt also das Eigenthum der Nachlaßsachen, selbst wenn ihm deren Besitz noch nicht übertragen ist,[2] er wird Gläubiger der Erbschaftsforderungen, Schuldner der Erbschaftsschulden. Ihm steht die hereditatis

11) Von Wichtigkeit für das Zwangsverfahren ist, daß der Fiduciar auch antreten muß, wenn er die Geltung des Testamentes in Zweifel zieht, sowie wenn er die Rechtsbeständigkeit des Fideikommisses leugnet und die Erörterung eine weitaussehende werden müßte. l. 13 §§ 2 und 3 D. h. t. 36, 1. Das Verfahren erhält hierdurch einen summarischen Charakter. Ergiebt sich später, daß der angebliche Fideikommissar kein Recht hatte, so ist der Fiduciar gegen den Antritt zu restituiren.

12) Unten § 122.

13) l. 7 C. h. t. 6, 49, vgl. l. 13 § 4, l. 14 D. de test. mil. 29, 1.

1) l. 39 D. h. t. 36, 1. Paulus libro 20 ad edictum: non enim solutio est hereditatis restitutio, sed et successio, cum obligetur.

2) l. 65 pr. D. h. t. 36, 1. Gajus libro 2 fideicommissorum: Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.

petitio fideicommissaria zu,[3] und er hat die actio familiae erciscundae ſowohl gegen den Fiduciar, welchem ein Theil des Nachlaſſes verblieb,[4] wie gegen die Miterben deſſelben.

Dem Univerſalfideikommiſſar gebührt der Nachlaß in dem Stande, den er zur Zeit der Reſtitution hat; daher gebührt ihm auch, was erſt der Fiduciar für den Nachlaß erwarb.[5]

2. Der Fiduciar hat, ſoweit er reſtituirte, materiell die Erbenſtellung fortan nicht mehr.

Doch behält er die Erbbegräbniſſe.[6]

Was *Prälegate* anlangt, ſo iſt derjenige Theil, welchen der Fiduciar, weil er von ihm ungültig vermacht iſt, nur als *Erbe beſitzt*, von den übrigen Theilen zu unterſcheiden, die ihm von ſeinen Miterben zukommen. Der erſtere geht als Beſtandtheil der Erbſchaft mit deren Reſtitution auf den Univerſalfideikommiſſar über, die letzteren Theile des Prälegates verbleiben dem Fiduciar als Vermächtniſſe.[7] Der Erblaſſer kann jedoch natürlich durch beſondere Beſtimmung dem Fiduciar die Herausgabe des ganzen Prälegates an den Univerſalfideikommiſſar auflegen, nicht minder ihm daſſelbe ganz belaſſen.

Sehr beſtritten iſt, ob dann, wenn einem Theilerben Reſtitution auferlegt iſt, das Univerſalfideikommiß auch vakant werdende, dem Fiduciar *anwachſende Portionen umfaßt?*[8] Es iſt dies zunächſt Frage der Auslegung, welche nach den erkennbaren Intentionen des Erblaſſers zu beantworten iſt. Im Zweifel iſt ſie zu verneinen. Denn in dubio pro reo!

Ausgedehnter ſind die Rechte des Univerſalfideikommiſſars, wenn ſich der Fiduciar zum Antritte der Erbſchaft zwingen ließ. Dann gehen alle Vortheile der Erbſchaft auf den Univerſalfideikommiſſar über.[9]

3) l. 1 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 28 § 7 D. eod. Ueber die Formel der Klagen vgl. Lenel, edictum S. 143.

4) l. 40 D. familiae erciscundae 10, 2.

5) l. 75 D. h. t. 36, 1, l. 22 D. pecunia constituta 13, 5.

6) l. 43 § 1 D. h. t. 36, 1.

7) l. 19 § 3 D. h. t. 36, 1. Ueber den angeblichen Widerſpruch mit l. 86 D. ad legem Falcidiam 35, 2 vgl. Bangerow Bd. 2 § 523 S. 419.

8) Die Quellen ſprechen ſich über die Frage nicht aus. Doch kann aus l. 44 D. h. t. 36, 1 ein argumentum a contrario entnommen werden. Für die Pflicht der Reſtitution der anwachſenden Portion iſt Marezoll in Lindes Zeitſchrift n. 10, Bangerow Bd. 2 § 494 S. 314. — Brinz Bd. 3 S. 171 vertheidigt ſogar die Anſicht, daß die akkrescirende Portion dem Univerſalfideikommiſſar unmittelbar zukomme! Das iſt verfehlt. Denn auf den Univerſalfideikommiſſar können die Erbportionen in der Regel nur durch Reſtitution übergehen. Die Frage iſt alſo nur, welchen Umfang hat die Reſtitutionspflicht. Die hier vertretene Meinung theilt u. A. Arndts § 583 bei p.

9) l. 44 D. h. t. 36, 1.

d) In Rom wurde über den Zwang extra ordinem beim Magistrate verhandelt. Derselbe nöthigte durch Strafandrohungen den Fiduciar effektiv zum Erbschaftsantritte.

Gemeinrechtlich bedarf es der Erhebung einer Klage.[11] Das verurtheilende Erkenntniß ersetzt Antritt und Restitution.

e) Wer zum Erbschaftsantritte gezwungen ist, wird zwar Erbe, so daß die Destitution des Testamentes abgewendet ist. Doch ist er bloß Durchgangspunkt; die Rechte und Pflichten aus dem Antritte gehen vollständig auf den Universalfideikommissar über, welcher das Zwangsverfahren betrieben hat.[12]

4. In drei Fällen tritt Uebergang der Erbenstellung kraft Gesetzes ohne Restitution oder Urtheil ein:[13]

a) bei Abwesenheit des Fiduciars ohne Vertreter;

b) im Falle des Versterbens des Fiduciars vor dem Erblasser, oder des Versterbens nachher ohne Hinterlassung eines Erben;

c) endlich zu Gunsten successiver Universalfideikommisse.

In den beiden ersten Fällen wird der Universalfideikommissar behandelt, wie wenn er zugleich Vulgarsubstitut wäre.

§ 122. Die Rechtsverhältnisse nach der Restitution.

Mit der freiwilligen oder kraft Urtheils oder Gesetzes vollzogenen Restitution an den Universalfideikommissar ändert sich die Rechtslage vollständig.

1. Der Universalfideikommissar ist nunmehr der mittelbare Universalsuccessor des Erblassers[1] nach dem Maße der Restitution.

Er erlangt also das Eigenthum der Nachlaßsachen, selbst wenn ihm deren Besitz noch nicht übertragen ist,[2] er wird Gläubiger der Erbschaftsforderungen, Schuldner der Erbschaftsschulden. Ihm steht die hereditatis

11) Von Wichtigkeit für das Zwangsverfahren ist, daß der Fiduciar auch antreten muß, wenn er die Geltung des Testamentes in Zweifel zieht, sowie wenn er die Rechtsbeständigkeit des Fideikommisses leugnet und die Erörterung eine weitaussehende werden müßte. l. 13 §§ 2 und 3 D. h. t. 36, 1. Das Verfahren erhält hierdurch einen summarischen Charakter. Ergiebt sich später, daß der angebliche Fideikommissar kein Recht hatte, so ist der Fiduciar gegen den Antritt zu restituiren.

12) Unten § 122.

13) l. 7 C. h. t. 6, 49, vgl. l. 13 § 4, l. 14 D. de test. mil. 29, 1.

1) l. 39 D. h. t. 36, 1. Paulus libro 20 ad edictum: non enim solutio est hereditatis restitutio, sed et successio, cum obligetur.

2) l. 65 pr. D. h. t. 36, 1. Gajus libro 2 fideicommissorum: Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas etsi nondum earum nactus fuerit possessionem.

petitio fideicommissaria zu,[3] und er hat die actio familiae erciscundae ſowohl gegen den Fiduciar, welchem ein Theil des Nachlaſſes verblieb,[4] wie gegen die Miterben deſſelben.

Dem Univerſalfideikommiſſar gebührt der Nachlaß in dem Stande, den er zur Zeit der Reſtitution hat; daher gebührt ihm auch, was erſt der Fiduciar für den Nachlaß erwarb.[5]

2. Der Fiduciar hat, ſoweit er reſtituirte, materiell die Erbenſtellung fortan nicht mehr.

Doch behält er die Erbbegräbniſſe.[6]

Was *Prälegate* anlangt, ſo iſt derjenige Theil, welchen der Fiduciar, weil er von ihm ungültig vermacht iſt, nur als *Erbe beſitzt*, von den übrigen Theilen zu unterſcheiden, die ihm von ſeinen Miterben zukommen. Der erſtere geht als Beſtandtheil der Erbſchaft mit deren Reſtitution auf den Univerſalfideikommiſſar über, die letzteren Theile des Prälegates verbleiben dem Fiduciar als Vermächtniſſe.[7] Der Erblaſſer kann jedoch natürlich durch beſondere Beſtimmung dem Fiduciar die Herausgabe des ganzen Prälegates an den Univerſalfideikommiſſar auflegen, nicht minder ihm daſſelbe ganz belaſſen.

Sehr beſtritten iſt, ob dann, wenn einem Theilerben Reſtitution auferlegt iſt, das Univerſalfideikommiß auch vakant werdende, dem Fiduciar *anwachſende Portionen umfaßt?*[8] Es iſt dies zunächſt Frage der Auslegung, welche nach den erkennbaren Intentionen des Erblaſſers zu beantworten iſt. Im Zweifel iſt ſie zu verneinen. Denn in dubio pro reo!

Ausgedehnter ſind die Rechte des Univerſalfideikommiſſars, wenn ſich der Fiduciar zum Antritte der Erbſchaft zwingen ließ. Dann gehen alle Vortheile der Erbſchaft auf den Univerſalfideikommiſſar über.[9]

3) l. 1 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 28 § 7 D. eod. Ueber die Formel der Klagen vgl. Lenel, edictum S. 143.

4) l. 40 D. familiae erciscundae 10, 2.

5) l. 75 D. h. t. 36, 1, l. 22 D. pecunia constituta 13, 5.

6) l. 43 § 1 D. h. t. 36, 1.

7) l. 19 § 3 D. h. t. 36, 1. Ueber den angeblichen Widerſpruch mit l. 86 D. ad legem Falcidiam 35, 2 vgl. Vangerow Bd. 2 § 523 S. 419.

8) Die Quellen ſprechen ſich über die Frage nicht aus. Doch kann aus l. 44 D. h. t. 36, 1 ein argumentum a contrario entnommen werden. Für die Pflicht der Reſtitution der anwachſenden Portion iſt Marezoll in Lindes Zeitſchrift n. 10, Vangerow Bd. 2 § 494 S. 314. — Brinz Bd. 3 S. 171 vertheidigt ſogar die Anſicht, daß die akreſcirende Portion dem Univerſalfideikommiſſar unmittelbar zukomme! Das iſt verfehlt. Denn auf den Univerſalfideikommiſſar können die Erbportionen in der Regel nur durch Reſtitution übergehen. Die Frage iſt alſo nur, welchen Umfang hat die Reſtitutionspflicht. Die hier vertretene Meinung theilt u. A. Arndts § 583 bei p.

9) l. 44 D. h. t. 36, 1.

Daher kommt ihm gegenüber das Recht des Erben auf Abzug der Quart nicht zur Anwendung und er erlangt deſſen Recht auf die Quart gegenüber Singularvermächtniſſen.[10] Ferner erlangt er, auch wenn ihm nur das Univerſalfideikommiß eines Theiles der Erbſchaft letztwillig zugewendet war, alles, was der Fiduciar außerdem ererbt hat, ſei es von vornherein, ſei es durch Anwachſung.[11] [12]

Andererſeits werden dem gezwungenen Fiduciar alle Nachtheile des Antrittes abgenommen.[13]

3. Der Fiduciar hat das Recht auf die quarta Trebelliana.

Im Allgemeinen ſind für ſie die Grundſätze der Falcidia maßgebend.[14] [15] Dies namentlich auch bezüglich der Gegenſtände der Einrechnung. In der Regel hat ſich der Fiduciar alſo nur einzurechnen, was er als Erbe empfing, wohin unter anderem auch der ihm gemäß des Willens des Erblaſſers aus dem Nachlaſſe zukommende Fruchtertrag gehört,[16] ferner, was er bei der Reſtitution des Nachlaſſes an Erbſchaftsſachen zurückhalten darf.[17] Auch was ihm der Fideikommiſſar für die Erbſchaft nach der Anordnung des Erblaſſers zu zahlen hatte, muß er einrechnen.[18] [19]

---

10) l. 15 § 4, l. 4, l. 29 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 65 § 11 D. eod.

11) l. 17 § 9 D. h. t. 36, 1.

12) Gewiſſe Vortheile bleiben dem Fiduciar auch im Falle des erzwungenen Antrittes, namentlich behält er, was ihm nicht aus der Erbſchaft zukam, wie das condicionis implendae causa datum l. 44 §§ 4 und 5 de cond. 35, 1, was er nicht „judicio testantis“ empfing. l. 28 § 1 D. h. t. 36, 1. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 558 S. 551.

13) l. 28 § 15 D. h. t. 36, 1. Julianus libro 40 digestorum: nam sicut explendae fidei gratia cogendus est adire hereditatem, ita ob id ipsum damno affici non debebit. Daher hat der Fiduciar im Zwangsverfahren dilatoriſche Einreden, wodurch er Beſeitigung jeder Beſchädigung erzwingt. Brinz Bd. 3 S. 447.

14) Dernburg im Archiv für civ. Praxis Bd. 47 S. 307; Bangerow Bd. 2 § 536 S. 479.

15) Dies ergiebt mit Sicherheit die hiſtoriſche Entwickelung. Es handelte ſich nur um eine Ausdehnung der Falcidia. Gajus Inst. II § 254: Pegaso et Pusione consulibus Senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere proinde liceret quartam retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinere conceditur.

16) l. 23 § 2 D. h. t. 36, 1, l. 60 § 5 D. eod., l. 18 § 1 D. ad legem Falcidiam 35, 2. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 536 S. 490.

17) § 9 I. h. t. 2, 23, l. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

18) l. 60 § 3 D. h. t. 36, 1, l. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

19) Viel beſtritten iſt, ob auch das vom Univerſalfideikommiſſar dem Fiduciar „implendae condicionis causa“ Geleiſtete in die Quart zu rechnen iſt. Hierfür ſpricht ſich, wie es ſcheint, aus Marcianus libro 13 institutionum l. 91 D. ad legem Falcidiam 35, 2: „sed et quod implendae condicionis causa fideicommissum heredi datur in eadem causa esse admittendum sciendum est“, wonach das ſolchergeſtalt Zugewendete ebenſo zu behandeln wäre, wie wenn der Fiduciar

Der Fiduciar zieht sich die Quart durch Zurückhaltung einer entsprechenden Erbschaftsquote ab. Er bleibt insoweit also materiell Erbe.[20]

4. Der Erblasser ordnet nicht selten außer dem Universalfideikommiß Vermächtnisse an.

Sie fallen dem Universalfideikommissar ganz zur Last, wenn ihm die ganze Erbschaft restituirt wird, und zum Theil, wenn sie ihm zum Theil restituirt wird.[21]

Dem Fiduciar aber muß, sofern er freiwillig antrat, seine Quart wie von dem Universalfideikommiß so auch von Spezialvermächtnissen frei bleiben.[22]

§ 123. Das Fideikommiß auf den Ueberrest.

Häufig wird dem Fiduciar nur auferlegt, den Nachlaß herauszugeben, soweit er sich zur Zeit seiner Restitutionspflicht noch bei ihm vorfindet — fideicommissum ejus quod superfuturum erit.[1]

Damit giebt der Erblasser dem Fiduciar das Recht zu freier Verfügung.

Untreue macht ihn trotzdem haftbar, d. h. was er zur Vereitelung des Rechtes des Fideikommissars dolos vornimmt.[2 3]

„accepta pecunia hereditatem restituere rogatus sit". Darin liegt ein unausgleichbarer Widerspruch gegen die Ausführung von Marcianus in der l. 30 § 7 D. eod. Doch die Fassung ist eine ungeschickte. Der Zusatz ist erst von zweiter Hand — Flor. 2 — in der Florentina beigeschrieben. Den Basiliken ist er fremd. So hat ihn Mommsen geradezu im Texte ausgelassen und als unechtes Glossem in die Anmerkung verbannt.

20) Dies hat Justinian bestimmt, § 7 I. h. t. 2, 23.

21) l. 2 C. h. t. 6, 49, l. 1 § 19, l. 15 § 1 D. ut legat. causa cav. 36, 3.

22) Das Nähere siehe bei Wangerow Bd. 2 § 559 S. 552.

1) Besonders oft kommt es vor, daß der vorversterbende Ehegatte den überlebenden zum Erben einsetzt und ihm auflegt, den gemeinsamen Kindern zu restituiren, was beim Tode des Letztlebenden oder auch zur Zeit der Großjährigkeit eines oder aller Kinder noch übrig ist.

2) l. 56, l. 60 § 8 D. h. t. 36, 1. Schenkungen unter Lebenden sind dem Fiduciar verstattet, soweit sie sich durch die konkrete Sachlage rechtfertigen. Schenkungen, die nicht durch die objektive Sachlage, sondern bloß durch Affektionen oder Laune begründet sind, hat man zu dem zu zählen, was „intervertendi fideicommissi gratia factum est". Der Fiduciar muß, wenn er Kapital aufbraucht, das Verbrauchte nach Billigkeit auf sein etwaiges eigenes Vermögen und die Erbschaft vertheilen. l. 56 D. h. t. 36, 1.

3) In der Regel hat der Fiduciar auch bei dem Fideikommiß auf den Ueberrest nicht herauszugeben, was er von den Einkünften des Fideikommisses erspart hat. l. 60 § 7 D. h. t. 36, 1. Natürlich kann der Erblasser aber verordnen, daß auch das von den Nutzungen Ersparte herauszugeben sei. Eine solche Auflage nahmen die Römer an, wenn der Fideikommissar restituiren sollte, „quidquid ex bonis supererit", l. 3 §§ 2 und 3 D. de usuris 22, 1.

Juſtinian aber erklärte aus vermeinter Billigkeit bei ſolchen Fideikommiſſen zudem den vierten Theil des Nachlaſſes als dem Fideikommiſſar verfangen, ſo daß der Fiduciar dieſes letzte Viertel nur in gewiſſen, geſetzlich beſtimmten Nothfällen antaſten kann.[4] Wegen dieſes Viertels hat der Fideikommiſſar auch Recht auf Kaution, ſofern ſie der Erblaſſer nicht erließ, was nicht gerade ausdrücklich geſchehen muß.[5]

Herauszugeben iſt nicht bloß, was der Erblaſſer urſprünglich hinterließ, ſondern auch, was der Fiduciar für Nachlaßobjekte erwarb, ſoweit es noch bei ihm exiſtirt.[6]

Achtes Kapitel.

Die Teſtamentsexekutoren.

§ 124. Geſchichte und Weſen der Teſtamentsexekution.[1]

Das Inſtitut der Teſtamentsexekution war dem römiſchen Rechte fremd.[2] Denn nach dieſem Rechte iſt es der Erbe, vor allem der Teſtamentserbe, welcher den letzten Willen des Erblaſſers zu vollſtrecken und den Nachlaß zu ordnen hat. Ihren Urſprung hat die Teſtamentsexekution in deutſcher Sitte, welche im kanoniſchen Rechte Anerkennung fand.

Die geſchichtlichen Ausgangspunkte des Inſtitutes ſind für deſſen Würdigung entſcheidend. Nur von ihnen aus iſt es möglich, in den

---

4) nov. 108 cap. 1 und cap. 2. Der Fiduciar darf das letzte Viertel angreifen, ſofern er kein anderes Vermögen hat, zu Gunſten einer dos oder propter nuptias donatio, ſowie zum Loskauf von Gefangenen. Selbſt gegen dritte Erwerber, an welche der Fiduciar das letzte Viertel veräußert, hat der Fideikommiſſar Klage, jedoch nur wenn der Fiduciar ſelbſt, beziehungsweiſe ſein Erbe außer Stande iſt, das dem Fideikommiſſar gebührende Viertel zu erſtatten. Vgl. auch Bolze, Praxis d. R.G. Bd. 2 S. 325.

5) nov. 108 cap. 2.

6) l. 70 § 3, l. 71, l. 72 D. de leg. II. R.G. Bd. 7 S. 207.

1) Die Litteratur über Teſtamentsexekution ſiehe bei Stobbe, d. P.R. Bd. 5 § 308.

2) Schon in Rom kam es allerdings vor, daß der Erblaſſer letztwillig die Beſorgung einzelner Angelegenheiten Vertrauensperſonen auftrug, l. 88 § 1 D. de leg. II. Der Gedanke einer umfaſſenderen Teſtamentsexekution findet ſich in l. 80 § 1 D. ad S. C. Trebell. 36, 1. Auch wurde in der chriſtlichen Kaiſerzeit die Vollſtreckung von frommen Anordnungen häufig teſtamentariſchen Vertrauensperſonen, erforderlichenfalls den Biſchöfen überwieſen, l. 28 C. de episcopis 1, 3. Es ſind dies vereinzelte Erſcheinungen, an die ſich eine allgemeine Theorie nicht knüpfte.

zahlreichen Streitfragen, welche Theorie und Praxis bewegen, eine feste Stellung zu gewinnen.

1. Die Kardinalfrage ist: Wen vertritt der Testamentsexekutor? Die Einen behaupten, der Testamentsvollstrecker habe zwar seinen Auftrag vom Erblasser, aber er besorge die ihm angewiesenen Geschäfte im Namen und als *Stellvertreter des Erben*.[3] Eine andere Ansicht geht dahin, daß er als der Vertreter des Willens des Verstorbenen die Nachlaßgeschäfte besorge und für den *Nachlaß*, nicht für den Erben persönlich handle.[4]

Die letztere Auffassung allein entspricht der geschichtlichen Entwickelung. Die Testamentsexekutoren kamen nämlich mit der Reception des römischen Testamentsrechts in Deutschland auf, vorzugsweise um den letzten Willen des Erblassers gegen die gesetzlichen Erben zu wahren, welche in letztwilligen Verfügungen einen Eingriff in ihre bisher unentziehbaren Rechte sahen und oft wenig geneigt waren, denselben Folge zu geben. Das Institut entsprang also nicht aus dem Gedanken einer Vertretung des Erben, sondern des Erblassers oder handgreiflicher: des Nachlasses. Nichts berechtigt zu der Annahme, daß es im Laufe der Zeit eine grundsätzlich verschiedene Gestalt annahm.

2. Auch die Frage ist eine bestrittene, ob der Testamentsexekutor im Zweifel nur dazu legitimirt ist, die *letztwilligen Anordnungen* des Erblassers zu vollstrecken, oder ob ihm in der Regel auch die *Liquidation des Nachlasses* obliegt, insbesondere die Befriedigung der Nachlaßgläubiger.

Die Bezeichnung als „Testamentsexekutor" führt leicht zur Meinung, daß dem Exekutor grundsätzlich nur die *Vollstreckung des letzten Willens* gebühre, so daß ihm die Liquidation des Nachlasses nur zustände, wenn sie ihm *besonders* aufgetragen wäre.

Aber die Geschichte beweist das Gegentheil. Aus ihr ergiebt sich, daß die Testamentsexekutoren von Anfang an die Besorgung der *gesammten Nachlaßgeschäfte* hatten, sich zu diesem Zwecke in den Besitz des Nachlasses setzen durften, und insbesondere die Erbschaftsforderungen einzukassiren und die Erbschaftsgläubiger zu befriedigen hatten.[5]

---

3) Vgl. die bei Stobbe S. 275 Anm. 44 Citirten.

4) Hauptvertreter der hierhin gehenden Auffassung ist Beseler, Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9 S. 144.

5) Vgl. die bei Stobbe a. a. O. S. 262 mitgetheilten Urkunden, aus denen der weite Umfang der Befugnisse der Testamentsexekutoren im Mittelalter und später erhellt.

Auf den Namen Testamentsexekutor ist also kein Gewicht zu legen. Er bezeichnet nur eine Hauptfunktion des Vollstreckers.

Es ist hiernach auch für das heutige Recht daran festzuhalten, daß den Testamentsexekutoren die Ordnung aller Nachlaßgeschäfte zusteht, wenn der Testator seine Vollmacht nicht besonders einschränkte.

§ 125. Die Rechtssätze der Testamentsexekution im Einzelnen.

Testamentsexekution ist, wie sich ergab, letztwillig aufgetragene Vollstreckung des letzten Willens des Erblassers und Ordnung seines Nachlasses.

Wie die Grundgedanken, so sind auch viele Einzelpunkte des Instituts zweifelhaft. Eine gesetzliche Regulirung derselben besteht nicht, die Gründe der Entscheidung sind daher der Geschichte und der inneren Natur des Instituts zu entnehmen.

1. Die Anordnung der Testamentsexekution muß in den Formen letztwilliger Verfügungen geschehen, da sie zu denselben gehört.

Die Uebernahme ist Sache des Beliebens des Ernannten. Ein obrigkeitlicher Zwang besteht nicht; denn die Testamentsexekution ist keine Vormundschaft.

2. Der Umfang der Vollmacht des Testamentsexekutors bestimmt sich in erster Reihe nach dem besonderen Willen des Testators.

Sie kann in einer allgemeinen Ermächtigung bestehen, aber auch bloß einzelne Geschäfte betreffen.

In der Regel ist der Testamentsexekutor:

a) Wahrer und Hüter des Testamentes.

Daher hat er für die gerichtliche oder notarielle Publikation des Testaments bemüht zu sein, wenn er vor derselben sein Amt angetreten hat. Ferner liegt ihm ob, das Testament prozessualisch zu vertheidigen, namentlich gegen Angriffe der Intestaterben.[1] Seinerseits angreifen darf er das Testament nicht; damit zöge er sich den Boden unter den Füßen weg.[2]

Insbesondere hat er für Ausführung des Testaments Sorge zu tragen durch Auszahlung der Vermächtnisse und durch Vollziehung der sonstigen Anordnungen des Erblassers.

---

1) R.G. Bd. 9 S. 208.
2) R.G. Bd. 16 S. 140.

Bei dem allen ist er keineswegs an die Anweisungen des Erben oder anderer Honorirter gebunden. Er hat den Willen des Erblassers selbst gegen deren einstimmigen Widerspruch zu schützen.[3]

Früher schrieb man dem Testamentsexekutor auch die Befugniß authentischer Auslegung des Testamentes zu. Mit Recht spricht man ihm aber derzeit diese Befugniß für die Regel ab. Denn durch sie würde er mehr Herr des Testamentes als dessen Vertheidiger.[4]

b) Der Testamentsexekutor ist Liquidator des Nachlasses. Daher kann er dessen Aushändigung verlangen, soweit sie zum Zwecke der Nachlaßregulirung erforderlich ist. Man wird ihm, wenn er ihn inne hat, wie einem Sequester juristischen Besitz zuzuschreiben haben.

Um die Masse zusammenzubringen, kann er ferner Nachlaßobjekte vindiciren und Nachlaßforderungen einklagen. Andererseits können Erbschaftsgläubiger und Legatare gegen ihn klagen.

3. Die Geschäfte, welche der Testamentsexekutor in Vollziehung

---

3) In einer preußisch-rechtlichen Sache hat R.G. Bd. 16 S. 185 eine entgegengesetzte Entscheidung gefällt. Dieselbe wirft die Frage auf: Ob der vom Erblasser mit der Verwaltung des Nachlasses beauftragte Testamentsexekutor vermöge der ihm vom Erblasser gegebenen Befugnisse einer von dem im Testamente bedachten Personen getroffenen Verfügung trotz des Einverständnisses aller Betheiligten darum zu widersprechen befugt ist, weil die getroffene Verfügung dem vom Erblasser in dem Testamente erklärten Willen widerspricht? Und diese Frage verneint das R.G. hauptsächlich aus dem Grunde, weil „mit dem durch den Tod des Erblassers herbeigeführten Eintritte des Erben und der sonstigen Rechtsnachfolger in die Vermögensrechte des Erblassers ein auf die Rechtsverhältnisse zu den Gegenständen des Nachlasses bezüglicher Wille des Erblassers nur in soweit Anspruch auf rechtliche Anerkennung haben kann, als einer durch den Willen des Erblassers bedingten Einschränkung des Erben oder sonst Bedachten ein konkretes Recht einer anderen Person gegenübersteht". Es mag bemerkt werden, daß die Entscheidung des gegebenen Falles durch das R.G. wohl gerechtfertigt war, weil sich in demselben die Sachlage, von welcher der Erblasser bei seinen Anordnungen ausging, erheblich geändert hatte. Aber das R.G. hat sein Urtheil durch Rechtssätze gestützt, welche unrichtig sind. Daß die Anordnungen des Erblassers nur so weit Anerkennung finden könnten, als aus ihnen konkrete Rechte bestimmter Personen erwüchsen, scheint das R.G. als eine Art von Natursatz anzusehen, welcher der Begründung nicht bedürfe. Der Satz ist aber ebenso unzutreffend nach preußischem Rechte — was hier nicht verfolgt werden kann — wie nach gemeinem, vgl. oben Bd. 3 § 84 Anm. 4. Nach der Ansicht des R.G. hätte die Verfügung des Erblassers keine Geltung, daß seine Briefschaften erst eine gewisse Zeit nach seinem Tode veröffentlicht werden sollen, selbst wenn er die Fürsorge hierfür einer Testamentsexekution aufgetragen hätte. Dem Erblasser, welcher seine Anordnung sichern wollte bliebe nichts übrig, als durch Strafen, die er auf die Verletzung setze, „ein konkretes Recht einer anderen Person bei Einhaltung seiner Bestimmungen zu schaffen". Ihn hierzu zu drängen, wäre nicht räthlich. Die Entscheidung des R.G. entspricht also ebensowenig dem positiven Rechte als der Zweckmäßigkeit.

4) Selbst wo dem Testamentsexekutor ausdrücklich vom Testament das Recht authentischer Interpretation der Bestimmungen des Testamentes beigelegt ist, zeigt sich wenig Geneigtheit der Gerichte, dem Folge zu geben, R.G. Bd. 14 S. 194.

seines Auftrages abschließt, verbinden den Nachlaß. Der Erbe haftet daher für sie nicht persönlich mit seinem eigenen Vermögen, wenn er unter der Rechtswohlthat des Inventars antrat.

4. Die Gefahr liegt nahe, daß der Testamentsexekutor seine Stellung mißbraucht, insbesondere, statt die Erbschaftsgeschäfte schleunig abzuwickeln, die Sache hinzögert. Gegen diese Gefahren bedarf es des Schutzes.

Der Testamentsexekutor hat daher vor allem, wenn er in den Besitz des Nachlasses kommt, ein Inventar zu errichten.

Er haftet für jede Verschuldung.

Der Erbe kann ihn deswegen zur Rechenschaft ziehen; nicht minder können dies andere benachtheiligte Erbinteressenten.

Der Erbe kann endlich darauf klagen, daß die Vollmacht des Vollstreckers für erloschen erklärt wird, wenn dieser pflichtwidrig verwaltet oder wenn Ereignisse eingetreten sind, welche den Erblasser als guten Wirth veranlaßt hätten, dem Testamentsexekutor die Vollmacht zu entziehen.[5]

Dritter Abschnitt.

Die Erbverträge.[1]

§ 126. Einleitung. Die Erbverträge im engeren Sinne.

Erbverträge waren den Römern fremd.[2] Sie erhielten aber Anerkennung in Deutschland seit der Reception des römischen Rechtes durch Praxis und Gewohnheitsrecht.[3] Ihre Ausbildung geschah vorzugsweise durch die romanistische Wissenschaft.

Die Erbverträge haben im gemeinen Rechte erhebliche Bedeutung

---

5) Die hier zusammengestellten Rechtssätze sind zum großen Theile streitig. Es würde die Grenzen unserer Aufgabe überschreiten, auf eine vollständige Begründung unserer Ansichten hier einzugehen.

1) Beseler, Erbverträge, 2 Theile in drei Bänden, 1825 ff.; Gustav Hartmann, z. L. v. den Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten 1860.

2) l. 5 C. de pactis conv. tam super dote 5, 14, l. 15 C. de pactis conventis 2, 3, l. 61 D. de V. O. 45, 1, l. 4 C. de inutilibus stipulationibus 8, 38.

3) Manche nehmen jedoch nur eine partikularrechtliche Geltung der Erbverträge an, vgl. Stobbe, P.R. Bd. 5 S. 277.

und wirken auf deſſen Syſtem ein. Eine kurze Darſtellung derſelben iſt daher hier geboten.[4]

Man unterſcheidet *Erbverträge im engeren Sinne* oder *affirmative*, durch welche der Erblaſſer ſeinem Mitkontrahenten — dem Vertragserben — *ein Erbrecht zuwendet*, und *Erbverzichte* oder *negative* Erbverträge, durch welche der eventuelle Erbe *auf ſein künftiges Erbrecht vertragsmäßig verzichtet*.

Erbverträge im engeren Sinne ſind:

a) vor allem *Erbeinſetzungsverträge*, welche dem Vertragserben die *Univerſalſucceſſion* in den Geſammtnachlaß des Vertragserblaſſers oder in eine Quote deſſelben zuſichern.

Sie ſind beſonders unter Ehegatten häufig.

Nicht ſelten ſind ſie *gegenſeitige*, ſo daß der Ueberlebende der Vertragserbe des Vorverſterbenden wird.

b) *Vermächtnißverträge* — partikulare Erbverträge — geben einen bloßen *Vermächtnißanſpruch*.[5]

Solche Vermächtnißverträge ſind den Schenkungen von Todeswegen verwandt. Sie ſind aber nicht mit ihnen zu identificiren. Sie bedürfen daher der Formen der Schenkungen von Todeswegen nicht und ſind ſchlechthin unwiderruflich.

Bezüglich der Erbeinſetzungsverträge gelten folgende Grundſätze, welche auf die Vermächtnißverträge ſo weit anzuwenden ſind, als deren beſondere Natur dies zuläßt:

1. Lange war ſtreitig, welcher Art das Recht des Vertragserben während des Lebens des Erblaſſers und bis zum Antritte der Erbſchaft iſt?[6]

Derzeit iſt man darüber einig, daß der Erbeinſetzungsvertrag nur eine *Berufung in den Nachlaß* des Mitkontrahenten begründet.[7] Seine Rechtswirkungen ſind daher im Weſentlichen denen eines Teſtamentes analog und nur dadurch von dieſen verſchieden, daß der Erblaſſer die Berufung des Vertragserben nicht vertragswidrig zurücknehmen darf.

Der Vertragserbe muß hiernach den Erblaſſer überleben, damit

---

4) Eingehend iſt die Lehre in den oben Anm. 1 citirten Büchern behandelt. Die verſchiedenen Anſichten ſtellt namentlich auch Stobbe a. a. O. S. 277 ff. zuſammen.

5) Ueber ihre gemeinrechtliche Geltung vgl. R.G. Bd. 21 S. 188.

6) Eine ältere Auffaſſung gab dem Vertragserben ein unmittelbar mit dem Vertragsſchluß eintretendes Recht an dem Vermögen des Vertragserblaſſers, vgl. Beſeler a. a. O. Bd. 2 S. 247.

7) R.G. Bd. 4 S. 172.

ſich ſeine Berufung verwirklicht. Ob er die Erbſchaft annehmen oder zurückweiſen will, nachdem die Berufung eingetreten iſt, unterliegt ſeinem freien Willen.

Der Erblaſſer behält über ſein Vermögen die uneingeſchränkte Verfügung unter Lebenden, trotz des Erbvertrages. Selbſt Schenkungen ſind ihm nicht ſchlechthin verboten. Geſchehen ſie jedoch zur Vereitelung des Rechtes des Vertragserben, ſo ſind ſie wegen des Dolus des Schenkers anfechtbar.

Durch letztwillige Verfügung kann der Erblaſſer das Recht des Vertragserben nicht vereiteln noch ſchmälern.[8]

Rechte der Notherben können dagegen auch gegenüber Erbverträgen geltend gemacht werden.

2. Es iſt geiſtreich, den Erbvertrag ein vertragsmäßig unwiderrufliches Teſtament zu nennen.[9] Aber nicht haltbar iſt es, hierauf die Theorie des Erbvertrages der Art zu gründen, daß man das eine Geſchäft in zwei ſpaltet, von denen das eine, das Teſtament, den Grundſätzen des Teſtamentsrechtes unterliegen ſoll, und das andere, der vertragsmäßige Widerrufsverzicht, denjenigen des Vertrages.[10]

Der Erbvertrag iſt vielmehr ein einheitliches Geſchäft und unterliegt dem Vertragsrechte.

3. Die Praxis hat ſich in Folge deſſen nicht geſcheut, den Satz der Formloſigkeit der Verträge auf die Erbverträge zu beziehen.[11]

Jedoch iſt das Befremdliche dieſer Anwendung nicht zu verkennen. Während die widerruflichen Teſtamente an Formen gebunden ſind, macht man die unwiderruflichen Erbverträge mit dem gleichen Inhalte zu formloſen Geſchäften![12]

4. Für die Fähigkeit zum Abſchluſſe der Erbverträge ſind die allgemeinen Erforderniſſe der Verträge nothwendig maßgebend.

Der vertragſchließende Erblaſſer muß daher fähig ſein, Rechte aufzugeben, namentlich großjährig ſein. Ein von einem Minderjährigen errichteter Erbvertrag iſt ganz ungültig; er kann keineswegs als Teſta-

---

8) Derartige letztwillige Verfügungen ſind keineswegs nichtig. Sie können nur das Recht des Vertragserben nicht vereiteln. Erlebt dieſer die Berufung nicht, oder verzichtet er auf die Erbſchaft, ſo ſind ſie wirkſam. R.G. Bd. 4 S. 175 und dort Citirte.

9) Unger, Syſtem Bd. 6 § 26.

10) Dies iſt der Hauptgedanke der anregenden Schrift von Hartmann, ſiehe oben Anm. 1.

11) R.G. Bd. 8 S. 134.

12) Anderer Anſicht iſt daher z. B. Stobbe a. a. O. S. 286, vgl. dort Citirte.

ment aufrecht erhalten werden, obgleich der Minderjährige ein solches errichten könnte.

Dagegen muß der Vertragserblasser nicht nothwendig testirfähig sein.[13] Es kann also ein großjähriger Hausſohn gültig einen Erbvertrag schließen.

4. Abschluß eines Erbvertrages durch Bevollmächtigte ist trotz der Vertragsnatur des Geschäftes unzulässig.

Der Vertragserbe muß ferner Kapacität besitzen. Durch Indignität verwirkt auch der Vertragserbe sein Recht.[14]

In diesen Beziehungen macht sich der besondere Inhalt des Vertrages mit zwingender Kraft geltend.

5. Bedingungen sind nach den Grundsätzen der Verträge und nicht nach denen der Testamente zu behandeln. Denn Erbverträge verdienen die besondere Begünstigung nicht, welche die Behandlung testamentarischer Bedingungen so wesentlich beeinflußt.[15]

§ 127. Erbverzichte, Verträge über den Nachlaß eines Lebenden.

1. Erbverzichte, durch welche der eventuelle Erbe dem Erblasser gegenüber auf sein dereinstiges Erbrecht verzichtete, waren in Rom nichtig.[1] Nach kanonischem Rechte wurden sie aber bei eidlicher Bestärkung bindend[2] und nach neuerem gemeinen Rechte sind sie ohne Weiteres gültig.[3]

Erbverzichte bedürfen so wenig einer besonderen Form, wie die positiven Erbverträge.

Der Verzichtende wird nicht zur Erbschaft berufen; sein Erbrecht ist ausgetilgt.

Der Erbverzicht kann absolut gemeint sein und wirkt dann schlechthin. Oft ist er aber nur zu Gunsten gewisser Personen bestimmt, z. B. der Geschwister des Verzichtenden. Dann gilt er nur für den Fall, daß diese Personen in der That erben.

Streitfrage ist, ob der Verzicht eines Descendenten des Erblassers

---

13) Häufig lehrt man das Gegentheil, siehe Stobbe a. a. O. S. 284.
14) Andere helfen in anderer Weise, siehe Stobbe a. a. O. S. 295.
15) Auch dies ist sehr bestritten, siehe Stobbe a. a. O. S. 289.
1) l. 16 D. de suis et legitimis 38, 16, l. 3 C. de collatione 6, 20.
2) cap. 2 in 6to de pactis 1, 18.
3) Ueber die Entwickelung des gemeinen Rechtes vgl. Stobbe a. a. O. S. 307.

auf sein Intestaterbrecht gegen Vergütung eine Abfindung des Kindesstammes in sich schließt, so daß dann, wenn der Verzichtende vor dem Erblasser wegfällt, die von ihm abstammenden Descendenten durch den Verzicht ausgeschlossen sind.[4] Dahin neigt die deutschrechtliche Auffassung. Aber die herrschende gemeinrechtliche Lehre verwirft sie, weil jene entfernteren Descendenten ihren Ascendenten aus eigenem Rechte ab intestato beerben und nicht aus dem Rechte ihres weggefallenen Parens, dessen Verzicht ihnen entgegengestellt wird.

Hat jedoch ihr Parens für sich und seine Descendenten verzichtet, und sind sie dessen Erben geworden, so bindet sie ein solcher Verzicht, weil sie als dessen Erben seine rechtlichen Erklärungen anerkennen müssen.

2. Nach römischem Rechte sind Verträge, durch welche der künftige Erbe die Erbschaft seines Erblassers bei dessen Lebzeiten ohne dessen Zustimmung veräußert, nichtig. Zudem gilt der Veräußernde als unwürdig, so daß ihm die Erbschaft, falls sie ihm künftig deferirt wird, entrissen wird.[5]

Dieses Verbot betrifft jedoch nicht Verträge, durch welche im Allgemeinen über möglicherweise anfallende Erbschaften verfügt wird, insbesondere nicht Societätsverträge des Inhaltes, daß künftige Erbschaften in die Gemeinschaft fallen sollen.[6]

Bestritten ist die Frage, ob und inwieweit das römische Verbot gemeinrechtlich gilt. Mit Unrecht führte man gegen diese Geltung früher häufig die Zulassung von Erbverträgen in Deutschland an. Denn die Ungültigkeit von Verträgen über die Erbschaft eines noch lebenden Dritten hat einen besonderen Grund, nämlich die Impietät gegen den Erblasser, welche solche Verträge als verwerflich erscheinen läßt.

Aber gerade darum muß man heutzutage unterscheiden.

Verträge solcher Art werden meist auch heute für das sittliche Gefühl anstößig und verwerflich erscheinen. Dann sind sie ungültig. Sie können aber auch sittlich unbedenklich sein, z. B. wenn der Erblasser altersschwach ist und seine Zustimmung nicht mehr geben kann, während die wirthschaftlichen Verhältnisse eine Auseinandersetzung seiner Descendenten erfordern. Dann sind sie als gültig zu erachten. Denn was

4) Die Litteratur siehe bei Stobbe a. a. O. S. 313.

5) l. 29 § 2, l. 30 D. de donationibus 39, 5, l. 2 § 3 D. de his quae ut indignis 34, 9, l. 30 C. de pactis 2, 3.

6) l. 3 § 2 D. pro socio 17, 2.

ſittlich oder unſittlich iſt, muß nach dem heutigen Volksgewiſſen und der jetzigen Volksüberzeugung beurtheilt werden, und nur als unſittliche ſind jene Verträge geſetzlich verworfen.[7]

Vierter Abſchnitt.

Die Inteſtaterbfolge.[1]

§ 128. Die Berufung zur Inteſtaterbfolge im Allgemeinen.

Die Berufung zur Inteſtaterbfolge verlangt, daß objektiv gewiß iſt, daß kein Teſtamentserbe oder Vertragserbe ſuccedirt. Sie erfolgt alſo noch nicht, ſolange die Frage ſchwebt, ob ein Teſtamentserbe, z. B. ein bedingt Eingeſetzter, in Folge Eintrittes der Bedingung berufen wird, und natürlich auch nicht, wenn ein Teſtamentserbe bereits berufen iſt, ſich aber über den Antritt noch nicht erklärt hat.

Berufen wird, wer im *Augenblicke der Berufung* der nächſte Inteſtaterbe iſt.[2] Der Augenblick des *Todes des Erblaſſers* entſcheidet grundſätzlich hierüber *nicht*. Verſtarb alſo der Erblaſſer mit Hinterlaſſung eines Teſtamentes, welches nach ſeinem Tode z. B. durch Ausſchlagen der Teſtamentserben deſtitut wird, ſo wird zur Inteſtaterbſchaft berufen, wer *im Momente der Vereitelung* des Teſtamentes der nächſte iſt.[3] Wenn ferner der Erblaſſer mit Hinter-

---

7) In der neueren juriſtiſchen Litteratur iſt die entgegengeſetzte Anſicht überwiegend vertreten, ſo daß man die verſchiedenen Fälle nicht unterſcheidet. Ihr hat ſich das R.G. Bd. 4 S. 125, wo ſich die Litteratur citirt findet, angeſchloſſen. Und doch hätte der Fall die Unrichtigkeit der zur Zeit in der Litteratur herrſchenden Anſicht vor Augen ſtellen müſſen. Ein Deſcendent hatte ſeinen Antheil an der Erbſchaft ſeiner Eltern, von denen der Vater verſtorben war und die Mutter lebte, aber wegen Geiſteskrankheit bevormundet war, verkauft. Der väterliche Nachlaß ſtand in der Leibzucht der Mutter. Später focht der Verkäufer dieſen Vertrag ſelbſt als contra bonos mores und als nichtig an. Und dieſer Anfechtung hat das R.G. ſtattgegeben. §

1) Glück, L. v. d. Inteſtaterbfolge 1803, 2. Auflage 1822; Schirmer, Handbuch S. 125—297.

2) Fitting ſtellt als Prinzip im Archiv f. civ. Praxis Bd. 57 S. 153 auf, „daß wenn ein zur Erbſchaft Berufener nicht wirklich Erbe werde, Alles juriſtiſch ſo zu behandeln ſei, wie wenn er von vornherein nicht vorhanden geweſen wäre". Das mag für neuere Legislationen richtig ſein, für das römiſche Recht iſt es dies nicht. Vgl. namentlich Krieg, Delation der Erbſchaft im Falle einer Todtgeburt 1876 S. 3.

3) § 7 I. de hereditat. quae ab intestato 3, 1, l. 9 § 2 D. de liberis et postumis 28, 2.

laſſung eines Embryo verſtarb, welcher im Falle lebendiger Geburt ſein Erbe wäre, ſo geht mit Vereitelung der Hoffnung die Berufung an den, welcher im Augenblicke der Fehlgeburt der nächſte war.[4]

Im jüngſten Rechte tritt durchweg ſucceſſive Berufung zur Inteſtaterbfolge ein, d. h. es wird jedem Folgenden deferirt, wenn der zunächſt Berufene nicht Erbe wird.

Für die Frage, wer ſolchergeſtalt ſucceſſiv berufen wird, iſt wiederum der Zeitpunkt maßgebend, in welchem die folgende Berufung geſchieht, alſo der Moment des Fehlſchlagens der früheren Berufung.

Es beſteht eine feſte Ordnung für die ſucceſſiven Berufungen der Verwandten, ſo daß ſie eine fortgeſetzte Reihe bilden, an deren Schluß das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ſteht. Man ſpricht daher von dem ordentlichen Erbrechte der Verwandten und der Ehegatten.

Daneben kommt eine außerordentliche Erbfolge auf gewiſſe Theile des Nachlaſſes vor, welche neben der ordentlichen ſteht und mit verſchiedenen Klaſſen derſelben konkurrirt.

Das gemeinrechtliche Inteſtaterbrecht, und zwar ſowohl das ordentliche wie das außerordentliche, beruht faſt ganz auf der Geſetzgebung Juſtinians in ſeinen Novellen.

Dennoch iſt das ältere Inteſtaterbrecht gleichfalls hier darzuſtellen. Denn nur wer den Kontraſt zwiſchen altem und neuem Rechte ſcharf in das Auge faßt, wird dem eigenthümlichen Weſen des jüngſten Inteſtaterbrechtes voll gerecht.

Erſtes Kapitel.

Das vorjuſtinianiſche Inteſtaterbrecht.

§ 129. Das alticivile Inteſtaterbrecht.

Zwei Syſteme kämpften im römiſchen Inteſtaterbrechte um die Herrſchaft, das der Agnation und das der Kognation.

Das agnatiſche bezweckte die Erhaltung der Vermögen in den Familien deſſelben Namens, alſo im Mannesſtamme. Es hatte einen

---

4) l. 30 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2, Krieg a. a. O. S. 31.

ariſtokratiſchen Charakter, indem es die pekuniäre Stellung jener Familien förderte und bis zu einem gewiſſen Grade der Zerſplitterung der Güter entgegentrat. So war es von großer wirthſchaftlicher, ſocialer und politiſcher Bedeutung.

Dem anderen Syſteme, dem kognatiſchen, liegen humane Ideen zu Grunde. Vor allem der Gedanke der Gleichheit unter den Deſcendenten des Erblaſſers, dann auch der übrigen Verwandten.

Das Zwölftafelgeſetz gründete das Inteſtaterbrecht in ſchroffſter Weiſe auf Agnation.[1] Es waren hiernach Inteſtaterben:

1. An erſter Stelle die sui, d. h. die Hauskinder des Erblaſſers zur Zeit ſeines Todes, zu denen auch die postumi gerechnet wurden, welche zur Zeit ſeines Todes erſt im Mutterleibe waren, aber in ſeiner Gewalt ſtünden, wenn ſie geboren wären.

Sui ſind bekanntlich die Söhne und Töchter des Hausvaters, ferner deſſen Enkel durch die Söhne und deſſen Urenkel durch Enkel und Söhne, nicht aber Nachkommen der Töchter und Enkelinnen.[2]

Den natürlichen gleich ſtanden die künſtlichen sui, d. h. die durch Rechtsakte in die Gewalt des Hausvaters eingetretenen, die wie Kinder behandelt wurden, alſo ſeine adoptirten Kinder, und die Ehefrau in der Manus, die wie eine Tochter angeſehen wurde.

Neben näheren nahmen auch entferntere sui an der Beerbung des Hausvaters Theil, wenn das die Verwandtſchaft vermittelnde nähere Hauskind vor dem Erblaſſer verſtorben oder aus deſſen Gewalt geſchieden war. Es ſuccedirten insbeſondere neben Söhnen des Erblaſſers deſſen Enkel durch vorverſtorbene Söhne.

Waren nur sui erſten Grades — Söhne und Töchter — betheiligt, ſo erbten ſie nach Köpfen, waren entferntere — Enkel, Urenkel — betheiligt, ſo wurde nach Stämmen getheilt — in stirpes.

Weiber hatten daſſelbe Recht wie die Männer, ſolange ſie suae blieben, was aber bei Töchtern und Enkelinnen mit ihrer Verheirathung aufhörte, wenn ſie in die Manus ihres Ehemannes traten.

2. In Ermangelung von sui erbte der dem Erblaſſer nächſte Agnat. Es beſtimmte ſich dies relativ. Wenn nähere nicht exiſtirten, war man der nächſte. Agnaten gleichen Grades erbten zuſammen und theilten nach Köpfen.

---

1) Ulpian. fragm. XXVI § 1: id enim cautum est lege XII tabularum hac: „si intestato moritur cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.“ Daran ſchloß ſich — collatio XVI cap. 4 § 2: „si agnatus nec escit gentiles familiam habento.“

2) Gajus Inst. III §§ 1 ff. Ulp. fragm. XXVI §§ 1—6, collatio XVI cap. 2 ff.

Hier waren die Weiber zurückgeſetzt. Sie beerbten nur ihre Geſchwiſter, wurden aber von ihren männlichen Agnaten beerbt, wenn dieſe auch noch ſo weitläufig verwandt waren.[3]

3. In Ermangelung von Agnaten ſuccedirten die Gentilen.[4]

Es galt der merkwürdige Satz „in legitimis hereditatibus successio non est", d. h. es gab keine ſucceſſiven Berufungen zur Inteſtaterbfolge. Führte alſo die einmalige Berufung eines Inteſtaterben nicht zum Erbſchaftserwerb, ſo war die Erbſchaft vakant.[5]

Die Gründe dieſes aus grauem Alterthum ſtammenden Satzes ſind nicht mehr mit Sicherheit zu ermitteln. Es ſcheint aber, daß in der älteſten Zeit nur das Erbrecht der sui im Volksbewußtſein feſtſtand. Das Erbrecht der Agnaten und Gentilen war wohl noch ein beſtrittener Punkt, als es durch das Geſetz der 12 Tafeln ſanktionirt wurde. Die entgegengeſetzte Strömung hatte dann noch die Kraft, daß man das Geſetz auf das ſtrikteſte auslegte.[6]

Das altcivile Erbrecht berückſichtigte bloße Kognaten nicht.[7]

War alſo die Ehefrau nicht in die Manus ihres Mannes getreten, ſo hatten ihre ehelichen Kinder kein Erbrecht gegen ſie. Ebenſo wenig hatte die Mutter ein Erbrecht gegenüber dieſen Kindern.

Emancipirte Kinder ferner hatten kein Inteſtaterbrecht gegenüber ihrem Vater, da ſie aus deſſen Gewalt geſchieden und nicht mehr sui waren. Ebenſo wenig beſtand zwiſchen ihnen und den Agnaten der Familie, der ſie dereinſt angehört hatten, Erbrecht.

---

3) Gajus Inst. III § 14. Ulpian. fragm. XXVI § 6.

4) Gajus Inst. III § 17, collatio XVI 4 § 2.

5) Gajus Inst. III § 12, § 22. Paul. sent. IV. 8 § 23. Ulp. fragm. XXVI § 5.

6) Für die Hypotheſe, daß das älteſte römiſche Recht nur ein Inteſtaterbrecht der sui kannte, ſpricht vor Allem die Faſſung des 12-Tafelgeſetzes — oben Anm. 1. — Daſſelbe ſanktionirt ausdrücklich das Erbrecht der Agnaten und der Gentilen, was darauf hinweiſt, daß es noch der Sanktion bedürftig war. Der Gegenſatz zu der Anerkennung des Erbrechtes der sui iſt hierfür ſehr bezeichnend. Erwäge man auch, daß ſich urſprünglich die Rechtsinſtitute in einfachſter Geſtalt bilden und allmählich erweitern und wachſen. Auch daß ſich die Nothwendigkeit der Inſtitution oder Exheredation ſeitens des Teſtators nur auf die sui bezog, kann als Argument dafür dienen, daß in der älteſten Zeit nur die sui ein Inteſtaterbrecht hatten. Vgl. noch Brunner, deutſche Rechtsgeſchichte Bd. 1 S. 195: „An Grund und Boden beſtand zunächſt nur ein beſchränktes Erbrecht. Er vererbte auf die Söhne des verſtorbenen Beſitzers. Waren aber ſolche nicht vorhanden, ſo fiel das Land bei den Salfranken der Geſammtheit der Dorfgenoſſen anheim." Wie ſich hiermit Tacitus Germania cap. 20 verträgt, muß hier dahingeſtellt bleiben.

7) Gajus Inst. III §§ 18 ff.

§ 130. Die Modifikationen des civilen Inteſtaterbrechtes bis Juſtinian.

Die Agnation blieb bis Juſtinian die Grundlage der Inteſtaterbfolge Roms. Aber die Schroffheit und Einſeitigkeit des alten Rechtes wurde doch gemildert, und zwar zuerſt durch das prätoriſche Edikt, dann durch Senatuskonſulte, endlich durch Verordnungen chriſtlicher Kaiſer.

1. Die prätoriſche bonorum possessio intestati ſtellte bezüglich des Nachlaſſes Freigeborener folgende Reihe auf, in welcher das Civilrecht zwar den Kern bildete, aber Veränderungen und Erweiterungen erfuhr.[1]

a) In der erſten Klaſſe, welche der Volksmund „unde liberi" nannte,[2] berief das Edikt neben den sui die Deſcendenten, welche sui geweſen wären, wenn eine capitis deminutio minima nicht ſtattgefunden hätte, vor allem alſo die emancipirten Kinder des Erblaſſers.[3]

Ausgeſchloſſen waren die zur Adoption gegebenen Kinder, ſolange ſie in der fremden Familie waren.[4]

Wohl mochten die sui die Konkurrenz der Emancipirten als Verletzung ihres ausſchließlichen civilen Erbrechtes empfinden. Doch das Grundprinzip deſſelben war nicht verletzt. Denn alle hier Berufenen waren Deſcendenten durch den Mannesſtamm, „agnatiſche" oder „quaſiagnatiſche".

b) in der zweiten Klaſſe „unde legitimi" rief das Edikt die „geſetzlichen Erben".[5]

---

1) Vgl. Gajus Inst. III §§ 25 ff.

2) Tit. Dig. si tab. 38, 6, Cod. unde liberi 6, 14. Darüber, daß die Bezeichnung „unde liberi" und die entſprechende der anderen Klauſeln nicht dem Edikte ſelbſt zugehörten, ſiehe Lenel, edictum S. 284.

3) Eine beſondere Schwierigkeit entſtand, wenn der Hausvater einen Sohn emancipirt und einen Enkel durch dieſen Sohn in der Gewalt zurückbehalten hatte. Hier hatte der Enkel das alleinige civile Erbrecht als nächſter suus des Großvaters, während nach dem Syſteme des prätoriſchen Ediktes ſein Vater, der emancipicirte Sohn, alleiniger Erbe ſein mußte. Julian, der Redaktor des Hadrianiſchen Ediktes, traf ein Kompromiß durch eine „nova clausula de conjungendis cum emancipato liberis ejus". Daſſelbe theilte dem Emancipirten die eine Hälfte der Portion, die andere ſeinen in der Gewalt des Großvaters zurückgebliebenen Kindern zu. l. 1 pr. D. de conjung. cum emanc. 37, 8.

4) Ulpian. fragm. tit. XXVIII § 8.

5) Tit. Dig. unde legitimi 38, 7, Cod. 6, 15. Das Edikt lautete nach l. 1 D. h. t.: „tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset."

Dies waren urſprünglich nur die von dem Zwölftafelgeſetze berufenen agnatiſchen Verwandten, nämlich noch einmal die sui, welchen hierdurch neue Friſt zur Agnoscirung der bonorum possessio gegeben war, ferner die Agnaten und endlich die Gentilen. Später, als auch Nichtagnaten durch die Geſetzgebung ein Inteſtaterbrecht erhielten, kamen ſie gleichfalls in dieſer Klaſſe zur bonorum possessio.

c) Erſt in der dritten Klaſſe „unde cognati“ wurden die *Blutsverwandten des Erblaſſers* berufen,[6] und zwar bis zum 6. Grade, aus dem 7. aber noch Kinder von Nachgeſchwiſterkindern — sobrino et sobrina natus et nata.[7] Die Nähe des Grades gab den Vorzug.

Hier alſo erhielten Kinder ein Erbrecht in das Vermögen ihrer Mutter und Eltern in das Vermögen ihrer Kinder.

Es iſt klar, daß der entfernteſte Agnat, als in der zweiten Klaſſe berufen, den Erben dieſer Klaſſe vorging, mochten ſie noch ſo nahe verwandt ſein.

d) Endlich erhielt „unde vir et uxor“ der *überlebende Ehegatte* ein Erbrecht in das Vermögen des vorverſtorbenen.[8]

Das prätoriſche Recht führte ſucceſſive Berufung ein. Wenn alſo der je zunächſt Berufene die bonorum possessio nicht agnoscirte, wurde der Folgende berufen, bis die Reihe erſchöpft war.[9]

2. Zwei Senatuskonſulte gaben nächſtſtehenden kognatiſch Verwandten ein Erbrecht vor Agnaten.[10] Es gewährte nämlich:

a) das S. C. Tertullianum unter Hadrian der *Mutter*, welche das jus liberorum hatte, ein geſetzliches Erbrecht in das Vermögen ihrer Kinder, ſofern dieſe weder durch ihre Nachkommen beerbt wurden, noch durch ihren Vater, noch durch einen agnatiſch verwandten Bruder — einen consanguineus. Mit den agnatiſchen Schweſtern des Verſtorbenen — den consanguineae — theilte die Mutter.[11]

b) Weit durchgreifender war das S. C. Orfitianum unter dem philoſophiſchen Kaiſer Mark Aurel. Denn nach ihm ſollen die Kinder in erſter Reihe ihre Mutter beerben, alſo vor den Agnaten.[12] So

---

6) Tit. Dig. unde cognati 38, 8, Cod. 6, 15.

7) l. 1 § 3 D. h. t. 28, 8. Da der suus und der proximus agnatus auch Kognaten waren, ſo erging an ſie nach dieſem Edikt eine neue Berufung, ſofern kein näherer Kognat exiſtirte.

8) Tit. Dig. unde vir et uxor 38, 11. Cod. 6, 18.

9) Oben Bd. 3 § 62 Anm. 11.

10) Vgl. über die Senatuskonſulte Bangerow Bd. 2 § 408 und dort Citirte.

11) Paul. sent. IV § 9. Ulpian. fragmenta XXVI § 8, Tit. Inst. h. t. 3, 3.

12) Ulpian. fragm. tit. XXIV § 7, Tit. Inst. de S. C. Orfitiano 3, 4.

billig dies ſcheint, ſo legte es doch eine gewaltige Breſche in das agnatiſche Syſtem. Bisher ging das Vermögen einer Frau nach ihrem Tode an die Familie zurück, aus welcher ſie ſtammte. Nunmehr fiel es an ihre Kinder, alſo in die Familie, in die ſie hineingeheirathet hatte.

3. Die chriſtliche Kaiſerzeit bis Juſtinian beſchränkte ſich im Weſentlichen darauf, die Tendenzen, welche in den Senatskonſulten auftraten, weiter durchzuführen.[13]

a) Die eingreifendſten Neuerungen fanden in der Klaſſe der Deſcendenten ſtatt. Auch die Großmutter väterlicher und die Großeltern mütterlicher Seite ſollten von ihren Enkeln ab intestato beerbt werden, dies jedoch unter verſchiedenen Abzügen zu Gunſten agnatiſch Verwandter.[14]

b) Die Mutter erhielt ein Erbrecht gegenüber ihren vorverſtorbenen Kindern, auch wenn ſie das jus liberorum nicht hatte.[15 16]

c) In der Seitenlinie blieb der Vorzug der Agnaten faſt ganz unangetaſtet. Nur ſollten die emancipirten Geſchwiſter des Erblaſſers nach Anaſtaſius neben den agnatiſchen erben, jedoch ſo, daß die letzteren ein Präcipuum erhielten.[17]

---

13) Zuſammenſtellungen des Inhaltes der Verordnungen der chriſtlichen Kaiſerzeit über die Inteſtaterbfolge finden ſich u. a. bei Keller, Inſtitutionen S. 273 und Bangerow Bd. 2 § 409 S. 38. Dieſelben enthalten auch Juſtinians Verordnungen bis zur Novelle 118. Damit wird aber die Thätigkeit Juſtinians in dieſer Materie nicht in das rechte Licht geſtellt. Eine klarere Einſicht gewinnt man, wenn man den Rechtszuſtand vor Juſtinian und die Geſetzgebung dieſes Kaiſers unterſcheidet.

14) Valentinianus, Theodoſius und Arkadius a. 388 l. 4 C. Theod. de legit. hered. 5, 1. Vgl. l. 9, l. 12 C. de suis et legitimis 6, 55 und §§ 15 und 16 I de hered. quae ab int. 3, 1.

15) Darüber enthielt l. 1 C. Theod. de legit. her. 5, 1 von Konſtantin a. 321 eigenthümliche Beſtimmungen. Erſt Juſtinian hob das Erforderniß des jus liberorum ganz auf l. 2 C. de jure liberorum 8, 58.

16) Ein eigenes Erbrecht wurde bezüglich des Vermögens der Hauskinder, zunächſt der an ſie fallenden lucra nuptialia, ſeit Juſtinian bezüglich ihrer Adventicien angeordnet. Die Deſcendenten des Kindes und ſelbſt deſſen Geſchwiſter gingen dem Vater vor, vgl. über dieſe Materie Bangerow a. a. O. S. 35.

17) Das Geſetz von Anaſtaſius iſt nicht überliefert. Siehe über daſſelbe vorzugsweiſe § 1 J. de successione cognatorum 3, 5 und Theophilus hierzu.

Dies waren ursprünglich nur die von dem Zwölftafelgesetze berufenen agnatischen Verwandten, nämlich noch einmal die sui, welchen hierdurch neue Frist zur Agnoscirung der bonorum possessio gegeben war, ferner die Agnaten und endlich die Gentilen. Später, als auch Nichtagnaten durch die Gesetzgebung ein Zwischenerbrecht erhielten, kamen sie gleichfalls in dieser Klasse zur bonorum possessio.

c) Erst in der dritten Klasse „unde cognati“ wurden die Blutsverwandten des Erblassers berufen,[6] und zwar bis zum 6. Grade, aus dem 7. aber noch Kinder von Nachgeschwisterkindern — sobrino et sobrina natus et nata.[7] Die Nähe des Grades gab den Vorzug.

Hier also erhielten Kinder ein Erbrecht in das Vermögen ihrer Mutter und Eltern in das Vermögen ihrer Kinder.

Es ist klar, daß der entfernteste Agnat, als in der zweiten Klasse berufen, den Erben dieser Klasse vorging, mochten sie noch so nahe verwandt sein.

d) Endlich erhielt „unde vir et uxor“ der überlebende Ehegatte ein Erbrecht in das Vermögen des vorverstorbenen.[8]

Das prätorische Recht führte successive Berufung ein. Wenn also der je zunächst Berufene die bonorum possessio nicht agnoscirte, wurde der Folgende berufen, bis die Reihe erschöpft war.[9]

2. Zwei Senatuskonsulte gaben nächststehenden kognatisch Verwandten ein Erbrecht vor Agnaten.[10] Es gewährte nämlich:

a) das S. C. Tertullianum unter Hadrian der Mutter, welche das jus liberorum hatte, ein gesetzliches Erbrecht in das Vermögen ihrer Kinder, sofern diese weder durch ihre Nachkommen beerbt wurden, noch durch ihren Vater, noch durch einen agnatisch verwandten Bruder — einen consanguineus. Mit den agnatischen Schwestern des Verstorbenen — den consanguineae — theilte die Mutter.[11]

b) Weit durchgreifender war das S. [illegible]itianum unt[illegible] philosophischen Kaiser Mark Aurel. [illegible] in erster Reihe ihre Mutter be[illegible]

---

6) Tit. Dig. unde cogn[illegible]

7) l. 1 § 3 D. h. t. 28, [illegible] Kognaten waren, so erging [illegible] kein näherer Kognat existirt[illegible]

8) Tit. Dig. unde vi[illegible]

9) Oben Bd. 3 § 62 [illegible]

10) Vgl. über die S[illegible] Citirte.

11) Paul. sent. IV [illegible] h. t. 3, 3.

12) Ulpian. fragm. [illegible] 3, 4.

billig dies scheint, so legte es doch eine gewaltige Bresche in das agnatische System. Bisher ging das Vermögen einer Frau nach ihrem Tode an die Familie zurück, aus welcher sie stammte. Nunmehr fiel es an ihre Kinder, also in die Familie, in die sie hineingeheirathet hatte.

3. Die christliche Kaiserzeit bis Justinian beschränkte sich im Wesentlichen darauf, die Tendenzen, welche in den Senatskonsulten auftraten, weiter durchzuführen.[13]

a) Die eingreifendsten Neuerungen fanden in der Klasse der Descendenten statt. Auch die Großmutter väterlicher und die Großeltern mütterlicher Seite sollten von ihren Enkeln ab intestato beerbt werden, dies jedoch unter verschiedenen Abzügen zu Gunsten agnatischer Verwandter.[14]

b) Die Mutter erhielt ein Erbrecht gegenüber ihren vorverstorbenen Kindern, auch wenn sie das jus liberorum nicht hatte.[15 16]

c) In der Seitenlinie blieb der Vorzug der Agnaten im [illegible] angetastet. Nur sollten die emancipirten Geschwister des Erblassers Anastasius neben den agnatischen erben, jedoch so, daß [illegible] Präcipuum erhielten.[17]

---

13) Zusammenstellungen des Inhaltes der Verordnungen dieser Zeit über die Intestaterbfolge finden sich u. a. bei Keller, Pandekten, Bangerow Bd. 2 § 409 S. 33. Dieselben enthalten auch [illegible] bis zur Novelle 118. Damit wird aber die Thätigkeit [illegible] nicht in das rechte Licht gestellt. Eine klarere Einsicht [illegible] Rechtszustand vor Justinian und die Gesetzgebung [illegible]

14) Valentinianus, Theodosius und Arcadius [illegible] hered. 5, 1. Vgl. l. 9, l. 12 C. de suis et legit. [illegible] de hered. quae ab int. 3, 1.

15) Darüber enthielt [illegible] Theod. [illegible] eigenthümliche Bestimmu[illegible] Justinian [illegible] ganz auf l. 2 C. de ju[illegible] 5, 35.

16) Ein eigenes [illegible] nächst der an [illegible] ordnet.

e
n

der

Zweites Kapitel.

Das justinianische Intestaterbrecht.

§ 131. Die leitenden Gedanken Justinians.

Das altrömische Intestaterbrecht wurde durch Justinian völlig umgestaltet. Dieses Erbrecht hatte in den Anschauungen und Traditionen der Völker des Ostreichs offenbar nie feste Wurzeln geschlagen. Erfahren wir doch von Justinian selbst, daß in Armenien ein ganz verschiedenes Intestaterbrecht galt,[1] und ergiebt das römisch-syrische Rechtsbuch, daß in Syrien ein Intestaterbrecht griechischen Ursprungs im Gebrauche blieb.[2]

Ein derartiger Widerspruch zwischen dem Volksrechte und dem officiellen Reichsrechte machte die Bahn für die Reformgesetzgebung Justinians frei, welche humane und christliche Ideen bezüglich der Gleichberechtigung der Frauen mit den Männern verfolgte, die in schroffem Gegensatze zu den Volksanschauungen des Orients standen.[3]

In diesem Sinne erließ Justinian sofort zu Anfang seiner Regierung zahlreiche Einzelgesetze, welche in seiner Kompilation Aufnahme fanden. Insbesondere beseitigte er die Zurücksetzung der weiblichen Agnaten gegenüber den männlichen,[4] ferner das Präcipuum der agnatischen Enkel gegenüber den kognatischen,[5] endlich den Vorzug der agnatischen Geschwister vor bloß kognatischen.[6]

Radikal aber verwirklichte er seine Ideen in der Novelle 118 aus dem Jahre 543, zu welcher die Novelle 127 vom Jahre 547 einen Nachtrag bildet. Die Novelle 118 hob nämlich jeden Vorzug der Verwandtschaft durch den Mannesstamm vor der durch den Weiberstamm auf und begründete ein neues Erbrecht in den Nachlaß Gewalt-

1) Nov. 21 und edictum Justiniani III.

2) Siehe Bruns römisch-syrisches Rechtsbuch S. 303. Daß das hier dargestellte Intestaterbrecht aus griechischem Rechte stammt, hat Mitteis Reichsrecht überzeugend ausgeführt. Ursprünglich wahrscheinlich Stadtrecht einer in Syrien angesiedelten griechischen Colonie, erhielt es weite Verbreitung und mag durch Provincialedikt in Syrien Anerkennung gefunden haben.

3) Vgl. namentlich die praef. der nov. 21, in welcher Justinian beklagt, daß nicht bloß die Armenier, sondern auch andere Völker „die Natur verachten und das weibliche Geschlecht beleidigen, als wenn es nicht auch von Gott geschaffen und zur Erhaltung der Menschheit berufen sei".

4) l. 14 C. de legitimis heredibus 6, 58 aus dem Jahre 531.

5) l. 12 C. de suis et legitimis 6, 55 aus dem Jahre 528.

6) l. 15 C. de legitimis heredibus 6, 58 aus dem Jahre 534.

untergebener wie Gewaltfreier, unter Beseitigung aller bezüglichen älteren Gesetze.[7]

Für die Auslegung der Novelle 118 ist von entscheidender Bedeutung, ob man sie vorzugsweise aus dem altrömischen Rechte erklärt, oder aus ihrem eigenen Zusammenhange und nach den in ihr sich aussprechenden Tendenzen. Während das erstere lange das Bestreben der Romanisten war, neigt man sich in der neueren Zeit mehr der letzteren Auffassung zu. Sie ist noch weiter durchzuführen. Nur so gewinnen wir auch ein den modernen Anschauungen entsprechendes Recht.[8]

A. Ordentliches Erbrecht der Verwandten.

§ 132. Die Ordnung der Verwandten.

Die Novelle 118 bildet im Allgemeinen eine Gradualerbfolge, so daß die Nähe des Grades der Verwandtschaft entscheidet. Aber gewisse Kategorien von Verwandten, zwischen denen sittlich und social ein engeres Familienband besteht, sind besonders ausgezeichnet. Es sind dies Descendenten, Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder ersten Grades.

Hiernach wurden 4 Klassen gebildet — ordines — von denen je die eine der anderen vorgeht.[1]

1. Die Klasse der Descendenten beruft die Nachkommen des Erblassers, also namentlich Söhne und Töchter, Enkel und Enkelinnen, Urenkel beiderlei Geschlechtes.

Entferntere Descendenten werden zwar neben näheren berufen, ihre Berufung ist aber davon abhängig, daß diejenigen Descendenten nicht erben, durch welche sie von dem Erblasser abstammen. Uebrigens erwerben sie aus eigenem Rechte und keines-

---

7) Die praefatio bestimmt: necessarium esse perspeximus hac lege omnes simul successiones cognationis ab intestato clara et compendiosa distinctione definire ut „cessantibus prioribus legibus, quae hac de causa lata sunt in posterum ea solum observentur, quae nunc definimus."

8) Die Verschiedenheit des Standpunktes erzeugte zahlreiche Streitfragen. Eine Schrift über sie ist Büchel, Streitfragen aus der Novelle 118 Marburg 1839 in dessen civilrechtl. Erörterungen Bd. 2 n. 2.

1) Die vielgenannten Memorialverse eines Unbekannten widmen jeder der 4 Klassen eine Zeile.

Descendens omnis succedit in ordine primo.
Ascendens proprior, germanus, filius ejus.
Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus.
Denique proximior reliquorum quisque superstes.

wegs als *Repräsentanten* ihres vorverstorbenen Parens. Sie müssen daher nicht etwa Erben desselben geworden sein.[2]

Sind nur *Söhne und Töchter* berufen, so erhalten sie *Kopftheile*, konkurriren *entferntere Descendenten*, so wird nach Stämmen getheilt. Die entfernteren Descendenten erhalten hiernach, was ihrem die Descendenz vermittelnden Parens zugekommen wäre, wenn er Erbe geworden wäre.[3 4]

2. In der Klasse der *Ascendenten und vollbürtigen Geschwister* werden berufen:

a) die *dem Grade nach nächsten Ascendenten* des Erblassers, also zunächst Vater und Mutter, in deren Ermangelung Großeltern, eventuell Urgroßeltern, außerdem

b) *vollbürtige Geschwister* des Erblassers, endlich

c) *Kinder ersten Grades von vollbürtigen Geschwistern*, wenn ihr Parens nicht erbt.[5 6]

---

2) Seit Alters spricht man von einem „Repräsentationsrechte" der Enkel und der Geschwisterkinder; dies ist schief und irrthümlich, wenn man darunter versteht, daß die Enkel und Geschwisterkinder nicht aus eigenem Rechte, sondern aus dem ihrer vorverstorbenen parentes erben, unverfänglich, wenn man damit nur bezeichnen will, daß die Enkel das erhalten, was ihr vorverstorbener Parens ererbt hätte, wenn er zur Succession gekommen wäre. Vgl. Kohler, Repräsentationsrecht, Abhandl. S. 367.

3) Auch wenn *nur* Enkel *eines* verstorbenen Kindes erben, sagt man korrekt, daß sie sich in die *Stammportion* ihres Parens zu theilen haben, nicht daß sie nach Kopftheilen in den Nachlaß ihres Großvaters succediren. Dieses bewährt sich, wenn mehr als 3 solcher Enkel mit der armen Wittwe des Erblassers konkurriren. Die Wittwe hat gleichwohl Anspruch auf ein Viertel des Nachlasses, und nicht bloß auf einen Kopftheil, wie der Fall ist, wenn sie mit mehr als 3 Kindern ersten Grades des Erblassers erbt.

4) Die lange „fast ganz übersehene" l. 3 C. de bonis maternis 6, 60 hat Schrader, Abhandlungen Bd. 1 n. 4 hervorgesucht, und man betrachtet sie seitdem in den Lehrbüchern wie praktisch. So Bangerow Bd. 2 § 415, Windscheid Bd. 3 § 572 Anm. 8. Nach dieser Verordnung soll der Vater, wenn seine emancipirten Kinder ihre Mutter beerben, den Nießbrauch einer Virilportion ihres mütterlichen Nachlasses haben, was auf deren Kinder und sogar auf Tochterkinder ausgedehnt wurde. Es liegt hierin aber im Wesentlichen ein Zusatz zu dem praemium emancipationis, welcher wie dieses unpraktisch ist. Kopfschüttelnd nennt dies Windscheid a. a. O. eine „Behauptung" Dernburgs. Ob er wohl eine einzige Anwendung des Gesetzes, welches der deutschen Rechtsauffassung durchaus zuwiderläuft, nachweisen könnte! Es wird doch wohl seinen Grund haben, daß es „fast ganz übersehen" wurde.

5) Die Novelle 118 giebt den Geschwisterkindern den Worten nach das bevorzugte Erbrecht nur, wenn ihr Parens, also das Geschwister des Erblassers, „praemortuus" ist. Die Meinung aber ist offenbar, daß sie succediren sollen „in Ermangelung" ihres Parens, obgleich nur der Hauptfall hervorgehoben ist. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 416 S. 55. Anderer Ansicht Büchel, Streitfragen S. 171.

6) Das bevorzugte Erbrecht der Geschwisterkinder an Stelle ihres Parens ist nicht in einem Guß erschaffen worden. Die Novelle 118 gewährte es nur, wenn *keine Ascendenten* konkurrirten. Die Novelle 127 verlieh es den Geschwistern, auch wenn *Ascendenten neben Geschwistern* des Erblassers vorhanden waren. Die Praxis nimmt es endlich im Sinne dieser Novelle auch an, wenn *bloß Ascen-*

Die Theilung geschieht in dieser Klasse nach folgenden Grundsätzen:

a) Sind *nur Ascendenten* berufen, so wird unter sie *nach Linien* getheilt, so daß die eine Hälfte den väterlichen, die andere den mütterlichen Großeltern, Urgroßeltern u. s. w. zufällt.

b) Sind *Ascendenten und Geschwister* zusammen berufen, so wird unter alle nach *Köpfen* getheilt, und dasselbe ist der Fall, wenn nur Geschwister berufen sind.

c) Sind neben Ascendenten oder Geschwistern des Erblassers *Geschwisterkinder* berufen, so erhalten dieselben zusammen den *Stammtheil*, welcher auf ihren Parens entfallen wäre.

d) Seit der Glossatorenzeit war die Theilungsweise streitig, wenn nur *Neffen und Nichten* des Erblassers von verschiedenen Geschwistern berufen sind. Die Theilung *nach Stämmen*, welche Accursius auch auf diesen Fall vertheidigte, ist die folgerechte, die *nach Köpfen*, für welche Azo auftrat, erschien billiger und erhielt im Mittelalter größeren Beifall. Der Reichsabschied von Speier aus dem Jahre 1529 hat daher die *Theilung nach Köpfen* bestätigt und zur gemeinrechtlichen gemacht.[7]

3) *Die halbbürtigen Geschwister und die Kinder halbbürtiger Geschwister* bilden die dritte Klasse. Ihr Verhältniß ist dem der vollbürtigen Geschwister und der Kinder solcher entsprechend.[8]

4. Endlich succediren *alle übrigen Seitenverwandte*.

Der nähere Grad schließt den entfernteren aus. Verwandte gleichen Grades theilen nach Köpfen.

§ 133. Die successive Berufung.[1]

Es ist allgemein anerkannt, daß nach der Novelle 118 successive Berufung gilt, daß also, wenn der zunächst berufene Verwandte nicht

denten und keine Geschwister berufen sind. Vgl. die bei Arndts § 477 Citirten. Anders freilich Seuffert, Archiv Bd. 5 n. 300.

7) Reichsabschied von Speier 1529 § 31. Vgl. Stintzing, Ulrich Zasius S. 140 und derselbe: Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 167.

8) Früher wurde oft behauptet, daß dann, wenn Halbgeschwister oder Kinder solcher von väterlicher und von mütterlicher Seite existirten, das vom Vater stammende Vermögen an die väterlichen, das von der Mutter stammende an die mütterlichen Halbgeschwister falle und nur der Rest nach Köpfen zu vertheilen sei. Diese Ansicht stützte man vorzugsweise auf die l. 13 § 3 C. de legit. hered. 6, 58. Selbst wenn sie hierin begründet wäre, was nicht der Fall ist, wäre sie verwerflich. Denn die Novelle 118 hat die Verwandtenerbfolge selbständig regulirt und alle früheren Bestimmungen über sie aufgehoben. Bangerow Bd. 2 § 417 S. 61.

1) J. Merkel, die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben 1876.

Erbe wird, der folgende zu berufen iſt. Allerdings iſt dies nicht ausdrücklich in der Novelle vorgeſchrieben, allein es entſpricht, wie der Zweckmäßigkeit und Billigkeit, ſo der hiſtoriſchen Entwickelung.

Denn das Princip der ſucceſſiven Berufung der Inteſtaterben, welches urſprünglich nur bei der bonorum possessio galt,[2] war ſchon vor der Novelle 118 auf civile Erbrechtsklaſſen übertragen worden.[3]

Hierüber iſt man einig; im Einzelnen beſtehen bei dem Schweigen des Geſetzes über die ſucceſſive Berufung zahlreiche Streitfragen. Für ſie iſt die Grundlage entſcheidend, ob man die ſucceſſive Berufung, ſo wie ſie ſich hiſtoriſch im älteren Erbrechte geſtaltet hatte, entſprechend auf die Erbrechtsklaſſen der Novelle zu übertragen ſucht, oder ob man ſie aus ihrem Principe heraus und im Geiſte der Novelle ſelbſtändig ausbildet.

Das letztere Beſtreben hat in der neueren Zeit immer mehr Anhänger gewonnen. Denn die Gegenanſicht verkennt die Kluft, welche das Erbrecht der Novelle von dem älteren Rechte ſcheidet.

Es iſt hiernach namentlich anzunehmen, daß die ſucceſſive Berufung *in allen Klaſſen* zunächſt *vom näheren zum entfernteren Grade* fortſchreitet und erſt *nach Erſchöpfung der Klaſſe* zur *folgenden Klaſſe* übergeht. Man pflegt dies successio graduum et ordinum zu nennen.

Manche leugnen die successio graduum für die *Deſcendentenklaſſe*.[4] Wenn alſo der zur Erbſchaft berufene Sohn des Erblaſſers nicht Erbe wird, ſoll die weitere Berufung nicht an deſſen Nachkommen ergehen, ſondern ſofort zu Aſcendenten oder Seitenverwandten fortſchreiten. Dieſe Anſicht ſtützt ſich namentlich darauf, daß in der entſprechenden Klaſſe des alten Rechtes „unde liberi“ successio graduum nicht beſtand.[5] Doch das hatte ſeine beſonderen hiſtoriſchen Gründe. Auf die Deſcendentenklaſſe der Novelle iſt es nicht zu übertragen.[6]

2) oben § 130 Anm. 9.

3) § 7 I. de successione legitima agnat. 3, 2.

4) Die Succeſſion in der Deſcendentenklaſſe hat in der neueren Zeit vorzugsweiſe Puchta, Pand. § 458 bekämpft, die der Kinder von Geſchwiſtern Büchel, Streitfragen S. 171. Vgl. dagegen Vangerow Bd. 2 § 420 S. 62 und die bei Arndts § 478 Anm. 2 citirten Schriftſteller.

5) Als „liberi“ galten eben nur diejenigen, die im Augenblicke der eröffneten Inteſtatſucceſſion sui des Erblaſſers waren oder ohne capitis deminutio minima geweſen wären. Nach der Begriffsbeſtimmung war eine ſucceſſive Delation in dieſer Klaſſe nicht möglich, vgl. l. 4 § 1 D. de bon. poss. contra tab. 37, 4, l. 34 C. de inofficioso test. 3, 28. Es iſt übrigens beſtritten, ob nicht ſchon durch die Stellung der l. 3 C. unde liberi 6, 14 die successio graduum durch Juſtinian auch in dieſer Klaſſe anerkannt war, vgl. Vangerow Bd. 2 § 407 S. 31.

6) Man kann ſich hierfür auf die Worte der Novelle 118 berufen cap. 1: si

Haltlos iſt es auch, wenn Manche ferner die successio graduum für Kinder von Geſchwiſtern in der zweiten und dritten Klaſſe in Abrede ſtellen.[7]

§ 134. Akkrescenzrecht unter den Inteſtaterben.

Unter mehreren zuſammenberufenen Inteſtaterben beſteht für den Fall, daß die Portion des einen der Mitberufenen frei wird, ein allgemeines Akkrescenzrecht.

Ein ſpecielles Akkrescenzrecht haben die Verwandten, welche zuſammen einen Stammtheil erben,[1] insbeſondere die Enkel eines vorverſtorbenen Kindes des Erblaſſers, ſowie die Geſchwiſterkinder von einem vorverſtorbenen Geſchwiſter, wenn ſie zuſammen auf einen Stammtheil berufen ſind, endlich auch Aſcendenten, die einer Linie angehören, wenn nur Aſcendenten verſchiedener Linien berufen ſind. Fällt alſo ein ſolcher Mitberufener weg, ſo wächſt ſein Theil denen zu, welche demſelben Stamm oder derſelben Linie angehören.

Eine ſehr beſtrittene Frage iſt, ob bei dem Wegfallen einzelner von mehreren Berufenen unmittelbar Akkrescenz eintritt, oder zunächſt ſucceſſive Delation an diejenigen, welche von vornherein die Berufung erhalten hätten, wenn der Weggefallene nicht da geweſen wäre.[2] Nach altem Rechte kam es in derartigen Fällen zweifellos zur Akkrescenz.[3] Aber auch bezüglich dieſer Frage kann das alte Recht nicht mehr maßgebend ſein. Die ſucceſſive Berufung auf den ausfallenden Theil entſpricht vielmehr den Abſichten der Novelle und der Billigkeit in höherem Grade.

Akkrescenz tritt daher nur ein, wenn der Fall einer ſucceſſiven Delation nicht gegeben iſt, oder wenn auch die ſucceſſiv Berufenen die ihnen angetragene Portion nicht erwerben.[4]

---

quis igitur descendentium fuerit ei, qui intestatus moritur ... omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur.

7) Der Hauptgrund der Gegner ſind die oben § 132 Anm. 5 citirten Worte der Novelle.

1) l. 12 pr. D. de bon. poss. contra tab. 37, 4, l. 1 § 12 D. de conjungendis cum emancipato liberis 37, 8, l. 5 § 2 D. si tab. test. 38, 6.

2) Für Akkrescenzrecht und gegen ſucceſſive Delation hat ſich namentlich Vangerow Bd. 2 § 420 S. 64 erklärt; vgl. auch Fr. Ehlers, Bonner Inauguraldiſſertation 1890. In neuerer Zeit haben ſich die Stimmen für den Vorzug der partiellen Succeſſion ſehr gemehrt. Hierfür ſind Franke, Beiträge n. 8; Fitting im Archiv für civ. Praxis Bd. 57 S. 160; Leonhard, Verſuch über den Vorzug der successio graduum vor dem Akkrescenzrechte 1874; Kohler, Archiv für civ. Praxis Bd. 59 n. 4 S. 87; Hofmann, krit. Studien S. 65; Windſcheid Bd. 3 § 573 Anm. 5.

3) § 9 I. de bon. poss. 3, 9.

4) Die Frage iſt namentlich in folgenden Fällen von Wichtigkeit: a) Es iſt

Für den Fall der Akkrescenz, wie für den einer successiven Berufung ist die Frage wichtig, ob der Antheil der Mitberufenen nach dem Augenblicke der Berufung oder nach dem Zeitpunkte des Erwerbes zu bemessen ist. Das erste ist das Richtige. Denn die Berufung giebt den Berufenen ein Anrecht auf den Erwerb eines bestimmten Theiles.

§ 185. Verwandtschaftsbegriff der Novelle.

Wer als Descendent, Ascendent oder Kollaterale im Sinne der Novelle anzusehen ist, dies bestimmt sie selbst nicht näher. Auch hierfür sind in Zweifelfällen an erster Stelle die Grundgedanken der Novelle, in zweiter die allgemeinen Principien maßgebend.

1. Als verwandt — Kognat — betrachtet das altrömische und das Pandektenrecht nur solche Personen, welche im Augenblicke des Todes des Erblassers bereits existirten, mindestens im Mutterleibe waren.[1]

Gilt dies auch im Sinne der Novelle? Dies ist herrschende Ansicht, jedoch mit Unrecht.[2]

Denn die Novelle will, daß die Berufung an die „Descendenten" des Erblassers stets vor der Berufung an Ascendenten und Kollateralen geschehe. Um dieser Intention gerecht zu werden, müssen wir einen erweiterten Verwandtschaftsbegriff zu Grunde legen, wonach auch Descendenten, die nach dem Tode des Erblassers koncipirt werden, als mit ihm verwandt anzusehen sind.[3]

---

mehreren Söhnen des Erblassers deferirt, ein Sohn verstirbt vor dem Erwerbe der Erbschaft oder schlägt diese aus, die anderen Söhne treten an. Kommt nun die freiwerdende Portion jenes Sohnes seinen Kindern, den Enkeln des Erblassers zu, oder akkrescirt sie den mitberufenen Geschwistern des Sohnes? b) Der Erblasser verstirbt mit Hinterlassung eines Bruders, seines Vaters und eines Großvaters. Der Vater wird mit dem Bruder berufen, stirbt aber vor dem Erwerb. Akkrescirt nun sein Theil dem Bruder des Erblassers, oder wird derselbe weiter dem Großvater deferirt, welcher mit dem Bruder berufen worden wäre, wenn der Vater bereits vor dem Erblasser verstorben wäre? c) Einem Bruder des Erblassers und einem Kinde eines verstorbenen Bruders ist deferirt. Der Bruder stirbt vor dem Antritt mit Hinterlassung von Kindern. Wird seine Portion dessen Kindern deferirt, oder fällt sie durch Akkrescenz an das Geschwisterkind des Erblassers, welches von vornherein mitberufen war?

1) § 8 I. de hered. quae ab intestato 3, 1, l. 6 pr. D. de injusto 28, 3, l. 6, l. 7, l. 8 pr. D. de suis et legitimis 38, 16, l. 1 § 8 D. unde cognati 38, 8.

2) Die herrschende Ansicht vertreten u. A. Bangerow Bd. 2 § 411 S. 39, Arndts § 474 Anm. 6, Windscheid Bd. 3 § 571 Anm. 2, Brinz Bd. 3 S. 128. Die entgegengesetzte vertheidigt Löbenstern in Lindes Zeitschrift Bd. 9 S. 215 und im Wesentlichen Schirmer, Erbrecht S. 189 Anm. 157.

3) Denken wir, der Erblasser hat seinen einzigen Sohn mit gutem Grunde ent-

2. Eheliche Kinder sind verwandt mit Vater und Mutter und allen Verwandten derselben.

Dies gilt auch für die durch nachfolgende Ehe oder Reskript legitimirten,[4] ebenso für die in einer Putativehe erzeugten.[5]

Eine verbreitete Praxis gab früher den Brautkindern gleichfalls die Rechtsstellung der ehelichen. Die Praxis des R.G. hat sich aber hiergegen erklärt, womit die Frage erledigt ist.[6]

Uneheliche Kinder gelten im Sinne der Novelle nur als verwandt mit der Mutter und deren Verwandten, nicht aber mit ihrem Erzeuger und dessen Verwandten.[7 8] Dies ist auch dann der Fall, wenn sie der Erzeuger anerkannt hat.

Was die Adoption anlangt, so ist die vollkommene, welcher die Arrogation gleichsteht, und die unvollkommene zu unterscheiden.

a) Die vollkommene begründet nach gemeinem Rechte ein Kindesverhältniß zwischen dem Adoptirenden einerseits und dem Adoptirten und dessen Nachkommen andererseits. Zwischen diesen Personen findet daher Intestat- und Pflichttheilsrecht statt.[9]

---

erbt und den B. zum Erben eingesetzt. Der letztere schlägt nach einiger Zeit aus. Inzwischen hat der exheredirte Sohn sich verheirathet und ein Kind gewonnen und ist verstorben. Es erhebt sich jetzt ein Erbschaftsstreit zwischen diesem Kinde und einem entfernten Vetter des Erblassers. Der Enkel des Erblassers kann für sich anführen, daß nach dem Wortlaut der Novelle „Descendenten" allen andern Verwandten vorzuziehen sind. Aber auch die natürliche Billigkeit steht ihm zur Seite. Das Pandektenrecht spricht allerdings gegen ihn, doch die Novelle erklärt ausdrücklich, daß die älteren einschlagenden Gesetze aufgehoben seien. Es ist nicht anzunehmen, daß ein deutsches Gericht bei dieser Lage des Rechtes dem Kollateralen einen Vorzug vor dem Descendenten des Erblassers geben würde. Vgl. Seuffert, Archiv Bd. 8 n. 68. Man muß aber Anstand nehmen, zu lehren, was als Richter anzuwenden man sich kaum entschließen würde. Daß sich die Römer durch die Unterstellung der unmittelbaren Successsion des Erben nicht gehindert fühlten, auch Erben zu berufen, die erst nach dem Tode des Erblassers zur Existenz kamen, darüber vgl. oben Bd. 3 § 59 Anm. 8.

4) Oben Bd. 3 § 29.

5) Oben Bd. 3 § 28 Anm. 12. Der Vater, welcher wußte, daß die Ehe nichtig sei, hat kein Erbrecht gegen das Kind.

6) Für das Erbrecht der Brautkinder vgl. namentlich Schirmer a. a. O. S. 215. Ueber dasselbe sind Theorie und Praxis seit lange im Zwiespalt, siehe die bei R.G. Bd. 5 S. 170 Citirten.

7) Das ist ohne Zweifel die Meinung der Novelle, die mit dem alten Rechte übereinstimmt. l. 2, l. 4, l. 8 D. unde cognati 38, 8.

8) Manche behaupten, daß die ex damnato coitu Entspringenden — aus Ehebruch, Bigamie oder Incest — mit der Mutter und ihren Verwandten gegenseitiges Erbrecht nicht haben, vgl. Schirmer S. 224. In der That bestimmte dies für incestuose Kinder die l. 6 C. de incestis 5, 5. Das ist aber durch die Aenderung der Gesetzgebung über die Incestuosen in der nov. 12 beseitigt, vgl. insbesondere die praefatio. Friedrich Zimmermann im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 13 n. F. S. 333.

9) Vgl. oben Bd. 3 § 30 S. 58. R.G. Bd. 6 S. 173 betrachtet als den

Aber auch gegenüber seinem natürlichen Vater bleibt der Adoptirte nebst seinen Nachkommen in dem natürlichen Verwandtschaftsverhältnisse. Daher beerbt das Adoptivkind als Descendent sowohl seinen Adoptivvater wie seinen natürlichen Vater.

Und folgerecht wird ein solches Kind umgekehrt sowohl von seinem natürlichen Vater als von seinem Adoptivvater beerbt. Diese müssen sich also in die dem „Vater" zufallende Portion theilen.

Man hat eingewendet, es könne Niemand zwei Väter haben. Daher wollen einige den natürlichen Vater zwar als Verwandten anerkennen, aber nicht als Vater, so daß er in der vierten Klasse als Kollaterale erben soll.[10] Das ist offenbar eine verfehlte Idee.

Das Adoptivkind hat eben zwei Väter, einen natürlichen und einen Adoptivvater; den natürlichen Vater zu einem Seitenverwandten seines Kindes zu stempeln, kann keiner juristischen Kunst gelingen.

b) Der unvollkommen Adoptirte gilt als Kind seines leiblichen Vaters, beerbt ihn und seine natürlichen Verwandten, und wird von diesen beerbt. Die Adoption hat, wie Justinian ausdrücklich bestimmt, nur die Wirkung, daß er ein Intestaterbrecht — nicht ein Pflichttheilsrecht — gegen seinen Adoptivvater erlangt.[11]

c) Die Folgen der Adoption durch eine Frau entsprechen denen der vollkommenen Adoption, wie sie sich im heutigen Rechte gestaltet haben.[12]

4. Ist Jemand mehrfach mit dem Erblasser verwandt, so kann er doch nur einen Erbtheil in Anspruch nehmen, wenn die Theilung nach Köpfen geschieht. Dagegen erhält er mehrere Theile, falls

---

nächsten Zweck der Adoption nach heutigem deutschen Recht die Begründung eines Kindesverhältnisses, so daß die väterliche Gewalt nur als Folge desselben eintritt, wenn deren konkrete Bedingungen bestehen und daß hiernach auch die Grundlage für das Erbrecht des Adoptirten das Kindesverhältniß sei, unabhängig von dem Entstehen oder Fortbestehen der väterlichen Gewalt. Hiernach haben auch die Kinder der adoptirten Tochter ein Intestaterbrecht gegen den Adoptirenden. Tadelnd bemerkt hierzu Windscheid Bd. 3 § 571 Anm. 6 „Das ist nicht mehr Rechtsanwendung, sondern Rechtsschaffung." Er irrt. Es ist „Rechtsfindung", allerdings nicht aus römischen Gesetzen, die dem deutschen Rechte fremd blieben, wohl aber aus der deutschen Rechtsanschauung und Gewohnheit.

10) Das Kindeserbrecht zwischen dem plene adoptatus und seinem natürlichen Vater leugnen namentlich Löhr, Magazin Bd. 3 S. 397; Puchta, Pand. § 454; Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 178. Nur die beiden ersten behaupten, daß der Arrogirte und vollkommen Adoptirte seinen leiblichen Vater in der vierten Klasse beerbe und entsprechend von ihm beerbt werde, Mühlenbruch verneint jedes Erbrecht zwischen diesen Personen. Das ist konsequent, aber höchst unbefriedigend. Vgl. dagegen Vangerow Bd. 2 § 412 S. 43.

11) l. 10 C. de adoptionibus 8, 47.

12) l. 5 C. eod. 8, 47.

nach Stämmen getheilt wird, sofern er verschiedenen Stämmen angehört.[13]

§ 136. B. Ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten.

Dem überlebenden Ehegatten gab der Prätor nach der Klasse der Kognaten die bonorum possessio „unde vir et uxor".[1]

Hieraus wurde in der deutschen Praxis ein ordentliches Erbrecht des überlebenden Ehegatten, welches dem der Verwandten nachfolgt.[2]

Es setzt voraus, daß kein Verwandter des Erblassers existirt, oder daß doch keiner die Erbschaft erwerben will.

Die Ehe muß gültig sein. Die Ehegatten dürfen sich auch nicht thatsächlich dauernd von einander getrennt haben.[3]

§ 137. C. Außerordentliche Erbrechte.

1. Die arme Wittwe erhielt durch Justinian ein außerordentliches Erbrecht auf die Quart des Vermögens ihres verstorbenen wohlhabenden Gatten. Wie sie im Falle der Scheidung durch Schuld des Mannes gegen Elend durch die Scheidungsstrafe geschützt ist, so soll sie es im Falle des Todes des Mannes durch das Erbrecht sein.[1]

a) Arm und wohlhabend sind relative Begriffe. Je nach der socialen Stellung ist derselbe Vermögensbetrag bei dem einen beneideter Wohlstand und bei einem anderen entsetzliche Dürftigkeit. Die Wohl-

---

13) Es folgt dies aus dem Wesen der Theilung nach Köpfen und nach Stämmen. Gesetzliche Normirungen bestehen nicht.

1) Tit. Dig. unde vir et uxor 38, 11, Cod, 6, 18.

2) Bis zur Novelle 118 gingen zwar die Agnaten dem überlebenden Ehegatten unbeschränkt vor, dagegen die Kognaten nur bis zum 6. Grade, ausnahmsweise noch bis zum 7. Grade. Vgl. oben Bd. 3 § 130 Anm. 8. Die Folge der Novelle 118 war aber, daß der entfernteste Kognat den überlebenden Ehegatten ausschließt. Es hat nicht an Romanisten gefehlt, welche dies ganz in Ordnung fanden. Gegenüber der deutschen Ehe aber, welche in der That regelmäßig eine dauernde Verbindung von Mann und Frau ist, die zusammen leben, arbeiten, sparen, ist diese Zurücksetzung des überlebenden Ehegatten höchst unangemessen. Die meisten deutschen Partikularrechte geben daher dem überlebenden Ehegatten weit günstigere Erbrechte.

3) l. 1 § 1 D. h. t. 38, 11. Anders bei bloß vorläufiger, wenn auch gerichtlich angeordneter Trennung. Wendt, Pand. § 354 Anm. 5 und dort cit. Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 7. n. 62 II S. 261.

1) Nov. 53 cap. 6, nov. 117 cap. 5, Bangerow Bd. 2 § 488 S. 303. Dort siehe die ältere Litteratur. Dazu Petri, das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe, Inauguraldissertation, Straßburg 1874 und von Kerstorf in der Zeitschrift des Anwaltvereins für Bayern XVI n. 21—23 1876. — Ueber die Ehescheidungsstrafe vgl. oben Bd. 3 § 26.

habenheit ist daher im gegebenen Falle nach den persönlichen und Standesverhältnissen zu beurtheilen.[2]

b) Dies Erbrecht wurde für die „undotirte" Wittwe geschaffen, da Justinian unterstellte, daß die dotirte in der Dos ihre Subsistenz habe. Ist jedoch die Dos so gering, daß dies nicht der Fall ist, so muß nach den Intentionen, von denen das Gesetz ausgeht, dies Erbrecht gleichfalls eintreten.[3]

c) Bestehen der Ehe bis zum Tode des Mannes und thatsächliches Zusammenleben bis zum Tode ist Voraussetzung.

d) Die Wittwe hat Recht auf ein Viertel des Nachlasses, jedoch nur bis zu 100 Pfund Gold. Konkurrirt sie mit mehr als 3 Kindern oder Kindesstämmen, so erhält sie nur einen Kopftheil. Sind die Kinder, welche mit ihr erben, zugleich ihre eigenen, so ist sie auf den Nießbrauch der auf sie entfallenden Portion beschränkt.

e) Viele gestehen der Wittwe nur einen „gesetzlichen Vermächtnißanspruch" zu.[4] Dies um deswillen, weil ihr Erbanspruch nach Analogie der Scheidungsstrafe geschaffen wurde und hiernach behandelt werden soll. Doch dies bezieht sich nicht auf die juristische Form des Erbrechtes. Denn die Wittwe wird vom Gesetze als „Miterbin" bezeichnet, und um deswillen für die Erbschaftsschulden mitverhaftet.[5]

f) Der Erbtheil der armen Wittwe ist unentziehbar — ein Notherbenrecht.

2. Justinian gab den Konkubinenkindern zusammen mit ihrer Mutter, die einen Kopftheil erhielt, ein Erbrecht auf ein Sechstel des Vermögens ihres Erzeugers, wenn dieser weder eheliche Kinder noch eine Ehefrau hinterließ.[6]

Alte Praxis gewährte dies Erbrecht allen anerkannten unehelichen Kindern. Das Reichsgericht erachtet aber hierdurch ein allgemeines Gewohnheitsrecht nicht als begründet.[7]

---

2) R.G. Bd. 16 S. 153.

3) So auch Windscheid Bd. 3 § 574 Anm. 5. Siehe dort die Dissentienten.

4) Dagegen, daß die Wittwe die ihr gebührende Quote als Erbin erhalte, hat sich namentlich Bangerow erklärt Bd. 2 § 488. Ihm folgen die Neueren überwiegend. Vgl. dagegen Schröder, Notherbenrecht Bd. 1 S. 284 und dort Citirte.

5) Nov. 53 cap. 6 § 1 . . . „subjacere hujusmodi rebus viri creditoribus nullo modo valentibus, nisi forte secundum quod in illius jure ex hac lege heres exstiterit — *συγκληρονομεῖ*. Natürlich ist die Wittwe aber nicht Miterbin, wenn sie mit ihren eigenen Kindern konkurrirt und in Folge dessen bloß den Nießbrauch ihrer Quart erhält.

6) Nov. 18 cap. 5, nov. 89 cap. 12.

7) R.G. Bd. 12 S. 227. Dort sind Präjudicien für und gegen zusammengestellt.

3. Der arrogirte Unmündige hat, falls ihn der Adoptivvater ohne genügenden Grund aus der Gewalt entläßt, einen persönlichen Anspruch auf ein Viertheil des Nachlasses des Adoptivvaters,[8] wenn dieser vor der Mündigkeit des früheren Adoptivkindes stirbt.[9]

Diese s. g. quarta divi Pii bildet zwar kein Erbrecht, kann aber mittels einer actio familiae erciscundae als gesetzliches Vermächtniß eingeklagt werden.[10]

§ 138. D. Das Recht des Fiskus und juristischer Personen auf vakante Erbschaften.

1. Durch die lex Papia Poppaea unter Augustus erhielt die Staatskasse — der Fiskus — ein Successionsrecht in vakante Erbschaften, d. h. in solche, die weder einen Testaments-, noch einen Intestaterben fanden.[1]

Der Zweck des Gesetzes war vornehmlich, dem Staate eine Einnahmequelle zu eröffnen. Daher galten folgende Sätze:

a) Der Fiskus hat die Schulden des Erblassers nur bis zum Belaufe der Erbschaftsaktiven zu berichtigen.[2] Dies also auch, wenn er nicht rechtzeitig ein gehöriges Inventar errichtet hat.

b) Verkauft der Fiskus die Erbschaft als Ganzes, so liegen dem Käufer die Erbschaftsschulden ob, der Fiskus seinerseits wird durch den Verkauf frei.[3]

Das Recht des Fiskus ferner galt als ein außerordentliches. Um deswillen bestimmte man:

a) daß der Fiskus die in einem bestituten Testamente des Erb-

---

8) Quarta divi Pii oben Bd. 3 § 80 Anm. 7. § 3 J. de adopt. l. 11, l. 22 pr. D. de adoptionibus 1, 7, l. 2, pr. C. eod. 8, 47. Schröder, Notherbenrecht Bd. 1 S. 552.

9) Vangerow Bd. 1 § 252 Anm. 3 S. 470.

10) l. 2 § 1 D. fam. erc. 10, 2, l. 1 § 21 D. de coll. bon. 37, 6, l. 8 § 15 D. de inofficioso test. 5, 2. Einen anderen Fall, in welchem ein Nichterbe etwas aus der Masse mit dem fam. erc. judicium utile herausnimmt, siehe in l. 1 § 9 D. de dote praeleg. 33, 4.

1) Gajus Inst. II § 150, Ulpian. fragm. XXVIII § 7 Tit. Cod. de bonis vacantibus 10, 10. Die Litteratur siehe bei Danz, Geschichte des römischen Rechtes 2. Aufl. Bd. 2 § 184; siehe ferner Keller, Institutionen S. 275, Pernice, Labeo Bd. 1 S. 348.

2) l. 1 § 1, l. 11 D. de jure fisci 49, 14. R.G. Bd. 7 S. 152.

3) l. 1 C. de her. vel act. vend. 4, 39, l. 54 D. her. pet. 5, 3, l. 41 D. de jure fisci 49, 14.

lassers angeordneten Vermächtnisse auch dann zu entrichten habe, wenn eine Kodicillarklausel nicht zugefügt ist;[4]

b) eine kurze Verjährung des Anspruches binnen 4 Jahren von dem Augenblicke an gerechnet, in welchem es objektiv feststeht, daß die Erbschaft vakant ist.[5]

Manche Schriftsteller wollten diese Eigenthümlichkeiten dadurch erklären, daß sie den Fiskus als *privilegirten Okkupanten des Nachlasses*, und nicht als Universalsuccessor des Erblassers auffaßten. Hierin fand man namentlich den Grund der beschränkten Haftung des Fiskus für die Erbschaftsschulden. Doch die Idee eines privilegirten Okkupationsrechtes ist zwar dem deutschen Rechte geläufig, den Römern aber ganz fremd.

Vielmehr ist der Fiskus in der That Universalsuccessor des Erblassers,[6] so daß er eine besondere Art Erbrecht hat.[7]

Er erwirbt dasselbe nicht von selbst, sondern nur dadurch, daß er es in Anspruch nimmt.[8]

2. Gewisse juristische Personen gehen in Folge besonderen Privilegs dem Fiskus vor:

a) Kirchen haben das Vorrecht auf den vakanten Nachlaß der bei ihnen angestellten Geistlichen;[9]

b) dasselbe Recht hat das Regiment bezüglich seiner Soldaten;[10]

c) gewohnheitsrechtlich steht den Armen- und Verpflegungsanstalten

---

4) l. 96 § 1 D. de legatis I, l. 2 § 1 D. de alimentis leg. 34, 1, l. 14 D. de jure fisci 49, 14.

5) l. 10 D. de temp. praescr. 44, 3, l. 1 § 2 D. de jure fisci 49, 14. In Rom wurde die Verjährung durch die Delation seitens eines Angebers beim Fiskus unterbrochen, welcher die Einziehung betrieb. Das heutige Verfahren ist ein anderes. Die Unterbrechung geschieht derzeit durch Erhebung der Klage gegen die Okkupanten.

6) Die Okkupationstheorie vertheidigte Blume im rhein. Museum für Jurisprudenz Bd. 4 n. 6 S. 212. Dagegen siehe Bangerow Bd. 2 § 564. Von der Beantwortung hängt namentlich die Entscheidung der Frage ab, welcher Fiskus die erbloſen Güter zu beanspruchen hat, wenn der Nachlaß in verschiedenen Territorien liegt. Die Anhänger der Okkupationstheorie geben den verschiedenen Staatskassen der belegenen Sachen das Okkupationsrecht, die Vertheidiger der Universalsuccession schreiben dem Fiskus des letzten *Wohnortes* des Verstorbenen das Recht auf den Gesammtnachlaß zu.

7) Die Klage des Fiskus hat den Charakter einer hereditatis petitio. l. 20 §§ 6 und 7 D. de her. pet. 5, 3. Vgl. auch Ulpian. fragm. tit. XXVIII § 7.

8) Der Fiskus erwirbt nicht ohne seinen Willen. Zwar scheint hierauf l. 1 § 1 D. de jure fisci 49, 14 zu deuten, vgl. aber Dernburg, Kompensation S. 317 Anm. 2. Erfordert wird die vindicatio seitens des Fiskus — vgl. l. 50 pr. D. de manumissis testamento 40, 4 — d. h. die Inanspruchnahme durch Besitzergreifung oder Klage.

9) l. 20 C. de episcopis 1, 3, nov. 131 cap. 13.

10) l. 2 C. de hereditatibus decurionum 6, 62.

ein Erbrecht an dem vakanten Nachlaß der von ihnen verpflegten Personen zu.[11] [12]

Drittes Kapitel.

Die Kollation.

§ 139 Die Grundgedanken der Kollation.[1]

Die Kollation entwickelte sich bei der Intestaterbfolge der Descendenten, und ist grundsätzlich eine Ergänzung dieser Intestaterbfolge geblieben.

Allerdings ist sie im späteren Rechte auch für den Fall vorgeschrieben, daß der Erblasser seine Descendenten, die seine nächsten Intestaterben wären, testamentarisch zu Erben einsetzt. Doch dies entspringt nur der Vermuthung, daß der Erblasser seine Descendenten so halten wollte, wie wenn sie Intestaterben geworden wären. Hierin liegt also nur etwas Abgeleitetes.

Die Intestatsuccession der Descendenten bezweckt deren gleiche Behandlung. Um deswillen wird der Nachlaß der Ascendenten unter deren Kinder, beziehungsweise die Kindesstämme gleich getheilt. Aber damit allein ist die Gleichheit unter den Kindern nicht ausreichend durchgeführt. Dies geschieht erst durch die Kollation.

a) Die *ältere Kollation* hatte ihren Grund in der Verschiedenheit der *Erwerbsfähigkeit* der Descendenten während des Lebens des pater familias.

Sie hing auf das Engste mit der alten Familienverfassung zusammen, wonach Alles, was die Hauskinder erwarben, dem Hausvater gehörte, während die aus dem Hause herausgetretenen Kinder für sich erwarben.

b) Die *neuere Kollation* bezweckt Ausgleichung wegen *Vorempfanges* von dem gemeinsamen Erblasser.

---

11) Glück, Intestaterbfolge S. 761 ff.

12) In Folge Privilegiums konnten in Rom auch Stadtgemeinden das Recht auf den vakanten Nachlaß ihrer Bürger haben. Diokletian hob dies auf. l. 1 C. h. t. 10, 10. Partikularrechtlich besitzen aber in Deutschland die Städte häufig dieses Recht, worin ein Nachklang ihrer alten Gerichtsbarkeit liegt.

1) Die Hauptwerke sind von Fein, das Recht der Kollation 1842 und von Leist bei Glück, Serie der Bücher 37 und 38 Bd. 3 S. 201 ff. Dort siehe die Litteratur. Dazu Kohler, Abhandlungen I n. 6: „Die römisch-rechtlichen Grundlagen der Kollation".

Oft erhalten nämlich einzelne Descendenten in Fällen des Bedürfnisses, z. B. bei ihrer Verheirathung, von ihren Ascendenten Zuwendungen, welche anderen Descendenten nur deswegen nicht zu Theil wurden, weil das gleiche Bedürfniß bezüglich ihrer bei Lebzeiten des Erblassers noch nicht eingetreten war. Die hierdurch entstehende Ungleichheit soll die neuere Kollation aufheben.

§ 140. Die ältere Kollation.[1]

1. Die ursprüngliche Art der Kollation war die der Emancipirten. Danach mußten die emancipirten Kinder des Erblassers, was sie zur Zeit des Todes ihres Vaters im Vermögen hatten, mit den sui ihres Vaters theilen, wenn sie neben ihnen erbten.

Diese Kollation entsprang dem prätorischen Edikte. Als nämlich der Prätor neben den sui, welchen nach Civilrecht die Intestaterbschaft ihres Hausvaters allein zustand, dessen emancipirte Kinder mittels bonorum possessio in den Nachlaß berief,[2] empfanden dies die sui als Verletzung ihres durch die 12 Tafeln verbrieften exklusiven Rechtes. Hierfür sollte ihnen eine Entschädigung mittels der Kollation zu Theil werden, welche ihnen die Emancipirten leisten mußten.[3]

Diese Kollationspflicht hatte aber auch einen tieferen Grund. Nach der alten Familienverfassung gehörte Alles, was der suus bei Lebzeiten des Vaters erwarb, dem Vater, fand sich also regelrecht in dessen Nachlaß. Daher nahm der Emancipirte von diesem Erwerbe einen Theil, wenn er den Vater mitbeerbte.[4] Es war nur folgerecht, daß dann auch seinerseits der Emancipirte dem suus Theil an dem gönnte, was er selbst bis zum Tode des Vaters erworben hatte, und was sich in dem Nachlasse hätte finden müssen, wenn er in der Gewalt geblieben wäre.

Deshalb befahl der Prätor den Emancipirten, welche die bonorum possessio agnoscirten, Kaution zu Gunsten der sui, welche durch

---

1) Tit. Dig. de collatione bonorum 37, 6, de dotis collatione 37, 7, Tit. Cod. de collationibus 6, 20.

2) Dies durch bon. poss. contra tabulas, vgl. unten § 144 und unde liberi. l. 1 pr. D. h. t. 37, 6.

3) l. 10 D. h. t. 37, 6, l. 1 § 13 D. de conj. cum emanc. 37, 8, Schmidt in Bekkers Jahrb. Bd. 4 S. 114.

4) Coll. leg. Mos. et rom. XVI, 7.

sie verkürzt wurden, mittels deren sie Kollation ihres Vermögens, wie auch dessen, was sie ihm dolos entfremdet hatten, versprachen.[5][6]

Diese Kautionsleistung an die sui war nicht Bedingung der bonorum possessio der Emancipirten, denn deren Ertheilung durfte keinen Aufschub erfahren,[7][8] und die sui waren nicht immer zur Hand. Sie war vielmehr eine an die b. p. geknüpfte Auflage, also daß im Falle des Ungehorsams des Emancipirten Verweigerung der Erbschaftsklagen und Ueberweisung seiner Erbportion an die Miterben eintrat.[9]

Mit der alten Familienverfassung mußte die Kollation der Emancipirten dahinschwinden.

Denn diese Kollation betraf Vermögenstheile nicht, welche der Emancipirte für sich erworben hätte, wenn er Hauskind geblieben wäre.[10] Da nun im jüngsten Rechte das Hauskind alles für sich erwirbt, was nicht vom Vater herkommt, so hatte der Emancipirte schließlich nur zu konferiren, was er von seinem Vater hatte.[11]

Aber auch der letzte Rest dieser Kollation verlor sich, als die Novelle 118 die bonorum possessio unde liberi verdrängte. Denn

---

5) Lenel, edictum S. 275 denkt sich — im Wesentlichen unzweifelhaft richtig — die Fassung des Ediktes so: Inter eos, quibus ita bonorum possessio data erit, ita collationem fieri jubebo, ut hi, qui in potestate morientis non fuerint, his, qui in potestate morientis fuerint, recte caveant, se quidquid moriente patre in bonis habuerint dolove malo fecerint, quominus haberent, boni viri arbitratu collaturos esse.

6) Die Emancipirten hatten nur den sui zu konferiren. In Folge dessen kam es zu einer ungleichen Behandlung der Kinder, wenn mehrere Emancipirte vorhanden waren, welche zu konferiren hatten, l. 1 § 24 D. h. t. 37, 6. Ulpianus libro 40 ad edictum: Portiones collationum ita erunt faciendae: ut puta duo sunt filii in potestate, unus emancipatus habens trecenta: ducenta fratribus confert, sibi centum: facit enim iis partem, quamvis is sit, cui conferri non solet. quod si duo sint filii emancipati habentes trecena et duo in potestate, aeque dicendum est singulos singulis, qui sunt in potestate, centena conferre, centena retinere, sed ipsos invicem nihil conferre. dotis quoque collatio in eundem modum fiet, ut quicumque confert, etiam suam personam numeret in partibus faciendis. — Den suis wird nur konferirt, wenn ihnen durch die Dazwischenkunft der emancipati ein Nachtheil entsteht, l. 1 § 5 D. h. t. 37, 6.

7) l. 3 pr. D. h. t. 37, 6.

8) Verlangte das Edikt gleich „cautio", so genügte doch auch unmittelbare Theilung des Vermögens des Emancipirten, ja daß sich die Emancipirten bereit erklärten, so viel von der väterlichen Erbschaft weniger zu empfangen, als der suus bei der Kollation zu beanspruchen hat, l. 1 §§ 11 und 12 D. h. t. 37, 6.

9) l. 1 § 10, § 13 D. h. t. 37, 6, l. 2 § 9 D. eod.

10) l. 1 § 15 D. h. t. 37, 6.

11) l. 21 C. h. t. 6, 20. Daß der Emancipirte auch die beim Tode seines Vaters bei ihm noch vorhandene Revenuen seines Vermögens zu konferiren hatte, welches ohne die Emancipation adventicium geworden wäre und im väterlichen Nießbrauche gestanden hätte, ist in den römischen Quellen nicht bezeugt, wenn es auch die späteren Byzantiner annahmen. Dangerow a. a. O. S. 385.

die Agnoscirung der bonorum possessio war die Voraussetzung gewesen.

2. Die Kollation der Dos durch die Haustochter schloß sich an die der Emancipirten an.

Die Haustochter hatte allerdings ein civiles Erbrecht neben den anderen Hauskindern, ohne daß an sich ihre Ausstattung mit einer Dos in Betracht kam.

Aber auch sie hatte — ähnlich wie Emancipirte — in ihrer Dos ein Sondervermögen, welches nicht in den Nachlaß des Vaters fiel.[12]

Daher forderte der Prätor von ihr deren Kollation, wenn sie die bonorum possessio agnoscirte, und zwar keineswegs bloß der dos profecticia, sondern nicht minder der adventicia. Denn nicht das war entscheidend, daß die Tochter etwas vom Vater im Voraus empfangen hatte, sondern daß sie ein Sondervermögen hatte, welches nicht zum väterlichen Nachlasse gehörte.

Seit Pius hatte die sua auch dann zu konferiren, wenn sie keine bonorum possessio agnoscirte, sondern bloß als Civilerbin auftrat.[13]

Im späteren klassischen Rechte sollte sie selbst den emancipirten Geschwistern konferiren, jedoch nur die profecticia, also die vom Hausvater stammende Dos.[14]

Das war das erste Aufblitzen eines neuen Gedankens, der später zur allgemeinen Geltung kam.

§ 141. Die neuere Kollation.

Die neuere Kollation ist die Ausgleichung wegen Zuwendungen, welche ein Ascendent, den seine Descendenten gemeinsam beerben, einzelnen von ihnen unter Lebenden gemacht hat.

Ihren Grund legte Kaiser Leo im Jahre 472 durch die Vorschrift, daß die von einem Ascendenten einem Descendenten gewährte dos und propter nuptias donatio bei der Vertheilung seines Nachlasses den übrigen Descendenten zu konferiren sei, welche gemeinsam mit dem Ausgestatteten ab intestato erben.[1] Justinian hat das Institut fortgebildet.[2] Seinen Abschluß erhielt es durch die gemeinrechtliche Praxis.

12) Vergl. oben Bd. 3 § 19.
13) l. 1 pr. D. h. t. 37, 7.
14) l. 4 C. h. t. 6, 20.
1) l. 17 C. h. t. 6, 20.
2) l. 19, l. 20 C. h. t. 6, 20, nov. 18 cap. 6.

Die neuere Kollation hat sich aus der älteren, insbesondere der c. dotis entwickelt, welche selbst eine Nachbildung der c. emancipati war. Aber es liegt in ihr ein selbständiges, von dem der älteren Kollationsarten wesentlich verschiedenes Princip. Dasselbe muß für seine einzelnen Rechtssätze vorzugsweise maßgebend sein. Da viele Neuere dies nicht ausreichend berücksichtigen, und sich vor allem an die Analogien der älteren Kollationsarten halten,[3] gerathen sie vielfach auf Irrwege und zu falschen Resultaten.

1. Früher lehrte man, daß grundsätzlich *jede Zuwendung* des Erblassers zu konferiren sei, so daß man hiervon nur bestimmte Ausnahmen anerkannte. Das ist längst verlassener Irrthum.[4]

Gegenstand der Kollation sind nur folgende Zuwendungen:

a) Nach römischem Rechte die dos, propter nuptias donatio und die militia,[5] d. h. die käufliche nutzbare Beamtung, mit welchen der Erblasser seine Descendenten ausgestattet hatte.

Nach deutscher Praxis ist die *Ausstattung des Kindes* zu konferiren, d. h. das ihm vom Ascendenten bei Begründung seiner wirthschaftlichen Selbständigkeit behufs derselben gegebene Vermögen, insbesondere also das bei Verheirathung des Kindes und bei der Etablirung eines Geschäftes durch das Kind Gewährte.[6]

b) *Schenkungen unter Lebenden* sind zu konferiren, einmal, wenn der Erblasser ihre Kollation oder wenigstens ihre Einrechnung in das Pflichttheil *vorschrieb*; ferner aber auch, wenn der Beschenkte keine Ausstattung erhalten hat, und ihm ein anderer Descendent, welcher nicht gleichfalls beschenkt wurde, konferiren muß.[7]

Der Erblasser kann auch die Kollation von solchen liberalen Zuwendungen anordnen, die eigentliche Schenkungen nicht sind.

c) Nach der jetzt herrschenden Ansicht soll bei der neueren Kollation, entsprechend der alten, nur zu konferiren sein, was der Kollationspflichtige *zur Zeit des Todes des Erblassers vom Kon-*

---

3) Fein a. a. O. S. 289, Leist a. a. O. S. 290 und 444, Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 1 legen das Hauptgewicht auf die Kontinuität der Institute, ohne jedoch völlig mit einander übereinzustimmen.

4) Francke, Grundzüge d. L. v. d. Kollation, civ. Abhandl. n. 4.

5) l. 17 C. h. t. 6, 20, l. 20 § 3 C. eod.

6) Dogmengeschichtliche Nachweise siehe bei Leist a. a. O. S. 406. — Liberalitäten, welche keine Vermögensvermehrung bilden sollten, sondern zur unmittelbaren Verwendung bestimmt sind, bilden keine Ausstattung. Es sind daher z. B. nicht zu konferiren die Kosten der Hochzeit oder einer Hochzeitsreise des Descendenten, ferner auch nicht Studien- und Promotionskosten.

7) l. 20 § 3 C. h. t. 6, 20.

ferendum hat, sowie was er dolos verbrachte, so daß man jedoch vom Tode des Erblassers an auch Haftung des Kollationspflichtigen für culpa in concreto anzunehmen pflegt.[8]

Dies stimmt weder mit der Praxis, noch mit den Gesetzen,[9] noch mit der Billigkeit. Denn der Ausgestattete, welcher den Gewinn, den das Vorempfangene abwirft, für sich behält, muß folgerecht auch dessen Gefahr tragen. Daher ist das Konferendum nach seinem Werthe zur Zeit des Empfanges anzurechnen.

d) Früchte und Zinsen gebühren dem Kollationsberechtigten von dem Momente an, in welchem der Pflichtige in Verzug gesetzt ist.[10]

2. Kollationspflichtig ist jeder Descendent des Erblassers, welcher Konferenda von ihm erhielt, sofern er ihn beerbt,[11] kollationsberechtigt jeder Descendent des Erblassers, welcher daneben erbt.[12]

Streitfragen sind:

a) Ob entferntere Descendenten, insbesondere Enkel, kollationspflichtig sind, wenn sie vom Ascendenten zur Zeit eine Ausstattung erhielten, als sie noch nicht nächste Intestaterben des Erblassers waren, weil damals ihr die Verwandtschaft vermittelnder Parens noch lebte? Die Frage ist zu verneinen, weil diese Ausstattung nicht aus der Erbportion des Enkels gegeben ist. Der Erblasser nahm in solchem Falle nicht an, daß der Enkel sein Erbe werde.[13]

b) Haben Enkel zu konferiren, was ihrem vorverstorbenen Parens zugewendet war? Man kann einwenden, daß sie den Großvater aus eigenem Rechte beerben, und nicht als Repräsentanten ihres vorverstorbenen Parens. Aber sie sollen doch nur dessen Portion erhalten! Daher ist zu sagen, daß sie sich auch die Minuenden dieser Portion

---

8) So Fein a. a. O. S. 313. Etwas erweitert die Haftung der Kollationspflichtigen Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 24 und Arndts § 530. Die richtige Ansicht vertritt F. Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 51 S. 400 und Brinz Bd. 3 S. 297.

9) Die nov. 97 cap. 6 bestätigt bei richtiger Auslegung die hier vertretene Ansicht.

10) l. 5 § 1 D. h. t. 37, 6, R.G. Bd. 11 S. 245. Anders Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 22.

11) l. 17 C. h. t. 6, 20.

12) Es sind keineswegs wie bei der collatio emancipati bloß diejenigen Descendenten kollationsberechtigt, welche der Kollationspflichtige beschränkt. Denn der maßgebende Gesichtspunkt ist ein anderer. Der ausgestattete Enkel von einem vorverstorbenen Kinde des Erblassers muß daher nicht bloß seinen Geschwistern konferiren, sondern nicht minder einem miterbenden Kinde des Erblassers, seinem Oheim. Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 6. Die Litteratur siehe bei Arndts § 528 Anm. 3.

13) Die Gegenansicht vertreten u. a. Vangerow Bd. 2 § 516 S. 363, Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 21.

anrechnen lassen müssen, mit anderen Worten, daß sie den Abzug der Konferenda wie der weggefallene Parens zu dulden haben.[14]

c) Ist neben den kollationsberechtigten Descendenten des Erblassers ein nichtkollationsberechtigter Nichtdescendent desselben, insbesondere eine arme Wittwe berufen, so fragt es sich, in welchem Verhältniß zu konferiren ist?

Die richtige Antwort ist, daß der Theil des Konferendum, welcher auf die Wittwe fiele, wenn sie gleichfalls kollationsberechtigt wäre, bei dem Kollationspflichtigen außer dem auf ihn selbst entfallenden Theil verbleibt.[15]

3. Die ältere Kollation geschah durch Kaution. Aber dies ist auf die neuere nicht zu übertragen. Diese geschieht vielmehr durch Anrechnung des Konferendum auf die Erbportion des Kollationspflichtigen bei der Erbtheilung.[16]

Soweit der Werth der kollationspflichtigen Objekte den Werth der Erbportion übersteigt, ist nicht zu konferiren.[17]

---

14) Auch dies ist sehr kontrovers, vgl. Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 20.

15) Merkwürdigerweise lehrt die jetzt herrschende Theorie — Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 8 — „nach Analogie der collatio emancipati", daß der Nichtdescendent, also namentlich die arme Wittwe bei Berechnung der Kollationsantheile *nicht mitgezählt* werde, so daß die Konferenda zwischen den Kollationsberechtigten und Kollationspflichtigen so zu vertheilen seien, wie wenn sie die einzigen Erben wären. Hiernach erhielten aber die Kollationsberechtigten mehr in Folge der Kollation der Ausstattung, als sie erhalten hätten, wenn der gemeinsame Ascendent die Ausstattung nicht vorgenommen und die entsprechende Summe in seinem Vermögen zurückbehalten hätte. Dies ist nicht annehmbar.

16) Bezüglich der Art, wie die Kollation auszuführen ist, haben sich mit der Entwickelung des Institutes die erheblichsten Wandlungen vollzogen. Die Kollation geschah ursprünglich bloß durch cautio, d. h. ein durch Bürgen gesichertes Versprechen, die kollationspflichtigen Objekte zu theilen. Aber schon zur Zeit der Pandektenjuristen, konnte sie „re" erfolgen, d. h. durch unmittelbare Theilung der kollationspflichtigen Gegenstände, endlich auch dadurch, daß der zur Kollation Verbundene sich bei der Theilung des väterlichen Vermögens soviel abziehen ließ, als er zu konferiren hatte, l. 1 §§ 11 und 12 D. h. t. 37, 6. Diese letztere Methode, welche praktisch am einfachsten ist, war offenbar bereits zur Zeit Leos die regelmäßige. Seine l. 17 C. h. t. 6, 20 sagt daher ausdrücklich und wiederholt, die Kollation der Dos habe stattzufinden „in dividendis rebus ab intestato defunctorum parentum". Hiernach geschieht heutzutage die Kollation durch Abrechnung bei der Vertheilung des elterlichen Nachlasses.

17) Nach der ursprünglichen Weise der Kollation durch cautio konnte es vorkommen, daß der Kollationspflichtige mehr einwerfen mußte, als er aus der väterlichen Erbschaft erhielt. Hatte er nämlich, nachdem er die bonorum possessio agnoscirt hatte, die cautio geleistet, so konnte er nicht gegen sie einwenden, daß er, wie sich nachträglich herausstellte, mehr einzuwerfen, als aus der väterlichen Erbschaft zu empfangen habe. Das paßt aber nicht für die neuere Kollation, die sich durch Anrechnung bei der Vertheilung des Nachlasses des Ascendenten vollzieht. Und hieran könnte sich nichts ändern, wenn der Descendent auch den Kollationsberechtigten erklärt hätte, erben und konferiren zu wollen. Darunter ist heutzutage nur ein Versprechen zu verstehen, sich das Konferendum in Abrechnung bringen zu lassen,

4. Die Kollationspflicht tritt auch ein, wenn der Erblasser seine Descendenten testamentarisch zu Erben einsetzt,[18] wobei jedoch vorausgesetzt ist, daß dies nach Verhältniß der Größe ihrer Intestatportionen geschah.[19]

5. Der Erblasser kann die Kollationspflicht erlassen.[20]

Fünfter Abschnitt.

Das Notherbenrecht.[1]

§ 142. Einleitung. Begriff des Notherbenrechtes.

Die gesetzlichen Schranken der Testirfreiheit zu Gunsten der Intestaterben nennt man Notherbenrecht.[2]

Die Bezeichnung ist nicht quellenmäßig, auch nach der Wortbedeutung nicht völlig zutreffend, aber herkömmlich und nicht zu entbehren.

Das römische Notherbenrecht begreift Rechtsinstitute sehr verschiedenen historischen Ursprungs und juristischer Gestalt in sich, die sich im Laufe der Zeit gleichsam über einander lagerten.

Die Basis des Rechtes war die unbeschränkte Testirfreiheit, welche das Zwölftafelgesetz in absoluter Weise proklamirte.[3]

nicht aber, über den Betrag des ihm aus dem Nachlaß zufallenden herauszuzahlen. Die heutzutage herrschende Ansicht ist jedoch eine andere. Man streitet nur darüber, ob das beneficium inventarii Schutz gegen die Erfüllung des Kollationsversprechens gewähre. Hierfür u. a. Vangerow Bd. 2 § 516 Anm. 4 S. 396.

18) Nov. 18 cap. 6.

19) Anders Francke, Abh. a. a. O. S. 246.

20) Nov. 18 cap. 6: „nisi expressim disposuerit se collationem fieri nolle". Mit Recht versteht man hierunter jede deutliche Erklärung.

1) Bluntschli, Erbfolge gegen den letzten Willen nach römischem Rechte 1829; Francke, das Recht der Notherben und Pflichttheilsberechtigten 1831; Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 119, Bd. 38 S. 1 ff. Unvollendet in Folge des Todes des Verfassers blieb Franz Schröder, das Notherbenrecht Bd. 1 1877. Im Allgemeinen vgl. Bruns: „Ueber Testirfreiheit und Pflichttheil", kleine Schriften Bd. 2 S. 139 und Schultzenstein bei Rassow u. Küntzel, Beiträge Bd. 23 S. 661, 812.

2) Den Begriff des Notherbenrechtes erörtert neuerdings Hofmann, kritische Studien S. 197.

3) l. 120 D. de V. S. 50, 16: Pomponius libro 5 ad Quintum Mucium. Verbis legis XII tabularum his „uti legassit suae rei ita jus esto" latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi,

Später traten succeſſive rechtliche Einſchränkungen ein, welche der Uebereilung und der Verletzung der Verwandtenpflicht durch den Erblaſſer begegnen ſollten.[4]

Endlich hat Juſtinian auch hier eine eingreifende Thätigkeit entwickelt, freilich durchaus nicht eine beſonders glückliche.

Wie ſich dies Alles ſchließlich zu einander verhält, ineinander greift und zuſammengliedert, dies iſt im höchſten Grade ſtreitig. Es iſt daher unmöglich, ſich in der Lehre des Notherbenrechtes ohne einige Einſicht in die hiſtoriſche Entwickelung zurechtzufinden.

Die hauptſächlichſten Rechtsinſtitute, um die es ſich handelt, ſind folgende:

1. Nach dem alten Civilrechte lag dem Hausvater ob, wenn er teſtirte, ſeiner sui durch Erbeinſetzung oder Enterbung zu *gedenken*, und das Gleiche machte der Prätor dem Vater bezüglich ſeiner „liberi“ zur Pflicht — *altes formelles Notherbenrecht*.

2. In Folge der Praxis des Centumviralgerichtes mußte der Teſtator gewiſſe nahe Verwandte, die zugleich ſeine nächſten Inteſtaterben waren, mit einem *Theile ihrer Inteſtatportion* — dem Pflichttheile — *bedenken*, wenn ſie ſich deſſen nicht unwürdig gemacht haben, ſ. g. *materielles Notherbenrecht* oder *Pflichttheilsrecht*.[5]

3. Juſtinian forderte, daß Aſcendenten ihre Deſcendenten und Deſcendenten ihre Aſcendenten mit einer *Erbeseinſetzung beehren*, wenn kein geſetzlicher Grund zur Ausſchließung vorliegt, ſ. g. *neueres formelles Notherbenrecht*.

---

tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.

4) Nur das Soldatenteſtament blieb in Rom ſowohl von den Schranken des formellen — § 6 J. de exher. 2, 13 — wie des materiellen Notherbenrechtes — l. 8 §§ 3 und 4, l. 37 § 2 D. de inofficioso test. 5, 2 — frei. Vgl. übrigens Fitting, das castrense peculium S. 214. Das Reichsmilitärgeſetz § 44 hat dies antiquirt — Ueber Pupillarſubſtitutionen vgl. oben Bd. 3 § 89 Anm. 8.

5) An dieſem Orte iſt nur die Rede vom Notherbenrecht der *Verwandten*. Auch das Recht der dürftigen *Wittwe*, nicht minder das des *arrogirten Unmündigen* iſt unentziehbar — alſo eine Art Notherbenrecht. Dieſe Anſprüche ſind aber bereits früher beſprochen — oben Bd. 3 § 137. Sie haben mit dem Notherbenrecht der Verwandten wenig gemeinſames.

Erstes Kapitel.

Das alte formelle Notherbenrecht.

§ 148. Institution oder Exheredation der sui.[1]

Der Testator mußte seine sui, d. h. hier die Hauskinder, welche durch seinen Tod gewaltfrei werden, nach altem Civilrechte entweder zu Erben einsetzen — instituere — oder enterben — exheredare. — Unterließ er beides — präterirte er dieselben — so war sein Testament nicht rechtsbeständig.

Eine materielle Beschränkung des Testators lag hierin nicht. Die Erbeseinsetzung auf einen minimalen Theil genügte, die Exheredation reichte aus, auch wenn kein Grund für sie angegeben war, und keiner existirte. War aber der Präterirte mit Legaten noch so reichlich abgefunden, so war das Testament gleichwohl hinfällig.

Nichts war also gefordert, als eine bestimmte Ausdrucksweise — eine Form.

Die Situation sollte klar gestellt werden, wenn der Erblasser sui hatte und sie nicht einsetzte, sondern seinen Nachlaß Fremden zuwendete.[2] Immerhin bildete die Vorschrift ein psychologisches Hemmniß für den Testator. Denn Mancher scheute sich ausdrücklich zu sagen, daß er

---

1) Gajus Inst. II § 123, Ulpian. fragm. tit. XXII §§ 14 ff. Tit. Inst. de exheredatione liberorum 2, 13. Dig. de liberis et postumis 28, 2, Cod. 6, 28 und 6, 29. Vgl. A. Schmidt, das formelle Recht der Notherben 1862 und dort Citirte, namentlich Vangerow Bd. 2 § 468, neuerdings Schröder a. a. O. S. 8. Allgemeinere Bemerkungen finden sich bei Hölder in seinen Beiträgen zur Geschichte d. röm. Erbrechts S. 88, sowie Hofmann, krit. Studien S. 197.

2) Die gewöhnliche Erklärung — z. B. von Vangerow Bd. 2 § 467 S. 216 — unterstellt, daß die sui eine Art Miteigenthum am väterlichen Vermögen gehabt hätten. Um deswillen habe sie der Vater aus diesem Miteigenthum erst herausetzen müssen — exheredare —, wenn er sie nicht instituirte. Hierfür führt man l. 11 D. de liberis et postumis 28, 2 an. Diese Erklärung ist aber unhaltbar. Der suus war im juristischen Sinne nicht Miteigenthümer des väterlichen Vermögens; wäre er es gewesen, so hätte ihm der Miteigenthümer — der Vater — dies Recht nicht einseitig nehmen können. Die Sache liegt viel einfacher. Daß der Hausvater sein Hauskind aus dem Hause stößt, indem er sein Vermögen anderen Erben zuwendet, war ein so auffallender und unglaublicher Akt, daß die Römer forderten, daß ein solcher Wille ausdrücklich ausgesprochen sei, wenn man ihn annehmen sollte. Das geschieht durch die Exheredation, über die insbesondere Gajus Inst. II § 123 zu vergleichen ist. Von der gewöhnlichen Auffassung aus ist die Ausdehnung des Präteritionsrechtes auf die Emancipirten nicht zu verstehen, nach unserer Erklärung ist sie wohl begreiflich. Siehe unten § 144 Anm. 2.

seine sui enterbe — insbesondere öffentlich im Volkstestamente —, was er stillschweigend anzuordnen wohl den Muth gehabt hätte.

Die Form gewährte ferner Schutz im Falle des Irrthumes des Testators, namentlich wenn er einen suus für todt hielt und deswegen präterirte.[3]

Zu unterscheiden sind Haussöhne, andere sui und endlich postumi.

1. Den Haussohn — den Stammhalter der Familie — mußte der Testator speciell — nominatim — exheredіren, wenn er ihn nicht instituirte.[4]

Einsetzung unter einer Bedingung genügte nur, wenn der Haussohn unter der entgegengesetzten Bedingung exheredirt war. Einsetzung unter einer Potestativbedingung genügte ohne Weiteres.[5] Sie gab dem suus, welcher sonst nothwendiger Erbe war, die Freiheit des Entschlusses über den Erwerb. Deshalb galt sie eher als Begünstigung, denn als Beschränkung.

Die Enterbung mußte von allen Graden der Erbeinsetzung geschehen.[6]

Die Verabsäumung dieser Formvorschriften hatte Nichtigkeit zur Folge. Und zwar war ein Testament von Anfang an nichtig, in welchem der Haussohn nicht gültig instituirt oder exheredirt war. Daher rumpirte es ein etwaiges früheres Testament nicht, und blieb nichtig, wenn der Haussohn vor dem Testator starb. So lehrten die Sabinianer. Die Prokulianer betrachteten das Testament freilich nur dann als nichtig, wenn der Sohn den Erblasser überlebte. Das war milde und zweckmäßig, aber gegen den Grundgedanken des Institutes, und konnte nicht durchdringen.[7]

War der Haussohn nur von einzelnen Graden der Einsetzung präterirt, so waren diese nichtig. Die anderen, von denen er instituirt oder exheredirt war, waren gültig.[8]

2. Auch seine Haustöchter und die unmittelbar in seiner Gewalt stehenden Enkel hatte der Testator zu instituiren oder zu exheredіren.

---

3) Cicero de oratore I cap. 38.

4) Gajus Inst. II § 123.

5) l. 87 D. de heredibus instituendis 28, 5.

6) l. 3 D. h. t. 28, 2. Schmidt a. a. O. S. 53.

7) Gajus Inst II § 123, pr. I. de exheredatione liberorum 2, 13.

8) l. 3 § 6 D. h. t. 28, 2. War aber der Haussohn vom ersten Grade präterirt, vom zweiten exheredirt, so erhielt er eine bonorum possessio contra tabulas wider den ersten Grad. l. 8 § 5 D. de bon. poss. contra tab. 37, 4.

Aber ihre Exheredation mußte nicht nothwendig speciell geschehen, war vielmehr durch eine allgemeine Formel — inter ceteros — thunlich.

Ferner machte die Präterition solcher sui das Testament nicht nichtig. Aber sie wurden auch nicht von der Erbschaft ausgeschlossen. Sie wurden vielmehr behandelt, als wären sie neben den Testamentserben eingesetzt: „adcrescunt“. Waren die testamentarisch Eingesetzten sui, so erhielt der Akkrescirende einen Kopftheil; waren sie Fremde, so halbirte man die Erbschaft und gewährte die eine Hälfte den Akkrescenzerben, die andere den Testamentserben.[9]

3. Wiederum anderes gilt für die postumi sui, d. h. alle Personen, die nach Errichtung des Testamentes in die unmittelbare Gewalt des Testators treten oder getreten wären, wenn der Testator nicht zwischen der Zeit ihrer Konception und ihrer Geburt gestorben wäre.

Es gehören dahin die nach der Testamentserrichtung Geborenen, ferner — postumorum loco — wer nachher durch Rechtsgeschäft, insbesondere Adoption, in die Gewalt des Testators trat, endlich zur Zeit des Testamentes zwar der Gewalt des Testators Unterworfene, welche aber erst durch das Wegfallen des dazwischenstehenden Parens nach der Testamentserrichtung in ein unmittelbares Erbesverhältniß zum Testator treten.

Das Anwachsen eines postumus rumpirte das Testament, und zwar anfänglich rettungslos.[10] Der Testator konnte nämlich ursprünglich die Ruption auch nicht durch eine Institution oder Exheredation der künftigen postumi abwenden.[11] Jedoch wurde zuerst in einigen Fällen durch die Jurisprudenz, dann in anderen durch eine lex Junia Vellaea die vorsorgliche Institution und für die Regel auch die Exheredation künftiger postumi zulässig, wonach die Ruption des Testamentes im Falle ihres Erscheinens abgewendet war.[12]

9) Gajus Inst. II § 124.

10) Ulpian. fragm. XXII § 18.

11) Vorsorgliche Institution und Exheredation der künftigen postumi galten aus dem formellen Grunde als ungültig, weil die postumi nicht in ihrer Eigenschaft als sui, denn das waren sie zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht, instituirt oder exheredirt waren. Das scheint arge Spitzfindigkeit. Es läßt sich aber auch etwas Rationelles dabei denken. Ist ein Kind da und in der unmittelbaren Gewalt des Testators, so sind die Anschauungen und Empfindungen bezüglich seiner oft beim Erblasser andere, als wenn es sich um die künftige Eventualität eines solchen handelt.

12) Nur widerstrebend ließ man zu, daß die Ruption der Testamente durch postumi mittels ihrer vorsorglichen Institution oder Exheredation abgewendet werden könne. Zuerst half man nur in den dringendsten und häufigsten Fällen. a) Die

§ 144. Die bonorum possessio contra tabulas testamenti.[1]

Das formelle Notherbenrecht erfuhr durch das prätorische Edikt eine erhebliche Erweiterung.

1. Der Prätor gab die bonorum possessio contra tabulas testamenti nicht bloß im Falle der Präterition der sui — das war ohne Zweifel das Ursprüngliche —, vielmehr auch bei Präterition der anderen Kinder des Erblassers, denen er mittels der b. p. unde liberi das nächste Intestaterbrecht in Aussicht stellte, also namentlich der emancipirten Kinder des Erblassers.[2]

Die bonorum possessio contra tabulas setzte voraus, daß der Erblasser ein so beschaffenes Testament hinterließ, daß aus ihm eine bonorum possessio secundum tabulas agnoscirt werden konnte.[3] Ob

---

alte Jurisprudenz verstattete dem Hausvater, einen Embryo, welcher zur Zeit der Testamentserrichtung bereits koncipirt war und der, wenn er geboren wäre, in seiner unmittelbaren Gewalt stünde, für den Fall lebendiger Geburt nach dem Tode des Testators zu instituiren oder zu exheredіren, Ulp. fragm. XXII § 19. b) Aquilius Gallus ermöglichte das Gleiche bezüglich der Enkel im Mutterleibe, deren Vater zur Zeit der Testamentserrichtung noch lebte und in der Gewalt war, für den Fall, daß dieser Vater vor dem Testator starb, der Enkel aber nach dem Tode des Erblassers lebendig zur Welt kam, l. 29 pr. D. de liberis et postumis 28, 2 s. g. postumi Aquiliani. c) Keine Vorkehrung gegen die Ruption des Testamentes war nach älterem Civilrecht in Fällen möglich, in welchen der postumus bei Lebzeiten des Testators agnascirte. Denn hier konnte sich der Erblasser durch Errichtung eines neuen Testamentes nach der Agnation des postumus, wenn auch unbequem genug, helfen. Erst die lex Junia Vellaea, wohl der ersten Kaiserzeit angehörend, ersparte ihm dies. Sie verstattete in ihrem ersten Kapitel wirksame Institution sowie Exheredation von Descendenten, welche dem Testator nach dem Testamente noch während seines Lebens geboren werden, l. 29 § 12 D. h. t. 28, 2, und in ihrem zweiten Kapitel dasselbe bezüglich der zur Zeit der Testamentserrichtung bereits geborenen Descendenten, welche bei Lebzeiten des Erblassers durch Wegfallen eines näheren Kindes desselben in dessen unmittelbare Gewalt traten, l. 29 § 13 D. h. t. 28, 2. Die Interpretation erweiterte auch diese Normen. Schließlich wurde die Institution aller postumi möglich und in den meisten Fällen auch deren Exheredation. Ueber die Hauptstelle — die l. 29 D. h. t. 28, 2 — schrieb J. Amann, die Grundsätze der Pandektenkritik geprüft an der s. g. lex Gallus 1878. Vgl. überhaupt Schmidt a. a. O. S. 25. Uebrigens fordert Justinian, daß durchweg die Exheredation der postumi „nominatim" geschehe, l. 4 § 8 C. de liberis praet. 6, 28. Vor Justinian wurde auch dies nach Verschiedenheit der Fälle verschieden behandelt.

1) Tit. Dig. de bonorum possess. contra tabulas 37, 4. Cod. de b. p. contra tabulas quam praetor liberis pollicetur 6, 12. Uhrig, Wirkungen der b. p. contra tabulas, Würzburg 1844.

2) Gajus Inst. III § 71, l. 6 § 1 D. h. t. de b. poss. 37, 1. oben Bd. 3 § 130. Wäre der Grund des formellen Notherbenrechtes der sui ihr Miteigenthum am väterlichen Vermögen, so wäre dessen Ausdehnung auf emancipirte und andere aus der Gewalt getretene Personen unbegreiflich. Daß der Prätor die Ausdehnung durch die Fiktion der Rescission der capitis deminutio vermittelte, kann hieran wahrlich nichts ändern. Denn hierin liegt ein Mittel der juristischen Gestaltung, aber nimmermehr eine Erklärung. Ueber das Edikt vgl. Lenel, edictum S. 273.

3) Man sah hierbei auf den Augenblick des Todes des Erblassers, so daß die b. p. contra tabulas als begründet galt, auch wenn nach dem Tode des Erblassers

das Teſtament civilrechtlich gültig war, kam für die b. p. contra tabulas nicht in Betracht.[4] Ferner war ihre nothwendige Vorausſetzung Präterition eines der liberi.

Aber ſie ſtand keineswegs bloß den präterirten Kindern offen, vielmehr nicht minder — commisso per alium edicto — den im Teſtamente eingeſetzten Kindern, wenn ihnen nicht ihre volle Inteſtatportion zugedacht war.[5]

Dagegen waren die exherebirten Kinder des Erblaſſers von der bonorum possessio contra tabulas ausgeſchloſſen. Der Prätor forderte für die Exherebation bezüglich des männlichen Geſchlechtes, daß ſie nominatim geſchehen war, und begnügte ſich nur bei Weibern mit der Vornahme in Bauſch und Bogen — inter ceteros.[6]

2. Der Kontratabulant erlangte durch die b. p. contra tabulas ſeine Inteſtatportion.

Doch bildete ſie keine reine Inteſtaterbfolge. Denn:

a) die Exherebationen blieben in Kraft. Daher wuchſen die Erbportionen der nichtexherebirten Kinder.[7]

b) Pupillarſubſtitutionen erhielten ſich.[8]

c) Das edictum de legatis praestandis beſtätigte endlich Vermächtniſſe zu Gunſten der Deſcendenten und der Aſcendenten des Erblaſſers bis auf den Betrag eines Kindestheiles der Kontratabulanten, ſowie das Legat der Rückerſtattung der Dos oder ihres Aequivalentes an die Ehefrau des Erblaſſers.[9]

Soweit ſie einem präterirten Hauskinde des Erblaſſers zur Laſt

---

ſämmtliche eingeſetzte Erben verſtorben waren, ohne angetreten zu haben, l. 19 D. h. t. 37, 4.

4) Nichtigkeit des Teſtamentes wegen Präterition eines Hausſohnes ſteht der bon. poss. contra tabulas daher nicht entgegen, l. 16 D. de leg. praest. 37, 5.

5) l. 3 § 11 D. h. t. 37, 4, l. 8 § 14 D. eod.

6) l. 8 pr. ff. D. h. t. 37, 4, § 3 J. de exhered. liberorum 2, 13. War ein prätoriſcher Notherbe unter einer Bedingung eingeſetzt, ſo erhielt er bonorum possessio secundum tabulas, fiel die Bedingung aus und war er nicht für dieſen Fall exherebirt, die b. p. contra tabulas, l. 3 § 13 D. h. t. 37, 4.

7) Hatte der Erblaſſer einen Hausſohn präterirt, einen Emancipirten exherebirt, ſo war das Teſtament civilrechtlich nichtig. Auch in dieſem Falle erhielt der Exherebirte keine bonorum possessio contra tabulas, wohl aber wurde ihm eine ſolche ab intestato gewährt, welche der Prätor bis zur Hälfte des Nachlaſſes ſchützte, l. 32 D. de liberis 28, 2, l. 12 § 5 D. de bonis libert. 38, 2, l. 20 D. h. t. 37, 4. Schmidt a. a. O. S. 103. In dem Falle der civilen Nichtigkeit des Teſtamentes waren alſo die Exherebationen ſchließlich doch ohne Wirkung.

8) l. 34 § 2 D. de vulg. et pupillari substitutione 28, 6.

9) Tit. Dig. de legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita 37, 5.

fallen, dessen Präterition die civilrechtliche Nichtigkeit des Testamentes zur Folge hatte, waren auch solche Vermächtnisse ungültig.

3. Wurde die bonorum possessio contra tabulas nicht rechtzeitig agnoscirt, so waren die Testamentserben zum Erwerb der b. p. secundum tabulas befugt.[10]

Dieselbe war cum re, wenn ein bloß prätorischer Notherbe präterirt war, und in mehreren Fällen auch, wenn es sich um die Präterition eines suus handelte.

Die Ungültigkeit wegen Präterition der liberi hatte hiernach einen bloß relativen Charakter, d. h. sie bestand nur zu Gunsten der Kinder des Erblassers, nicht aber zum Vortheil von Dritten.

§ 145. Absterben des alten formellen Notherbenrechtes.

Das alte Recht, wonach der Testator seine sui und seine liberi instituiren oder exheredіren mußte, ging in die justinianische Gesetzgebung mit seinen Details und Verwickelungen über.

Es erfuhr sogar eine erhebliche Verschärfung durch Justinian, da derselbe für alle sui ohne Unterschied des Geschlechtes namentliche Enterbung forderte und an die Präterition aller sui, auch der Weiber, Nichtigkeit des Testamentes knüpfte.

Dies entsprang dem Lieblingsgedanken Justinians, daß die Frauen den Männern gleichzuachten seien, und diente auch dem Bestreben der Vereinfachung des Rechtes.[1]

Die Annahme ist jedoch nicht zu kühn, daß die ganze Legislation Justinians über das formelle Notherbenrecht mehr auf dem Papiere stand, als in das Leben überging, und daß man in der Praxis seiner Zeit auf nichts Anderes als auf die Hinterlassung des Pflichttheiles achtete. Paßten doch die alten Formvorschriften zu Gunsten der agnatischen und quasiagnatischen Descendenten nicht zu einem Rechtssysteme, in welchem die Erbeseinsetzung an eine bestimmte Weise der Erklärung nicht mehr gebunden war, und nach welchem nicht bloß agnatische, sondern auch kognatische Descendenten den Ascendenten beerbten.

Nur wenn man annimmt, daß es sich um eine halbvergessene, in der Praxis verschollene Sache handelte, erklärt es sich, daß Justinian in seiner Novellengesetzgebung, welche sich an die Praxis enger anschloß, des alten formellen Notherbenrechtes nicht mehr gedenkt, nicht in der Novelle 18 und vor Allem nicht in der Novelle 115.

---

10) l. 2 pr. D. de bonorum possessione secundum tabulas 37, 11. Das Nähere siehe bei Bangerow Bd. 2 § 473, Schmidt a. a. O. S. 126.

1) l. 4 C. de liberis praeteritis 6, 28, § 5 I. de exheredatione liberorum 2, 13.

Man streitet darüber, ob die Novelle 115 das alte formelle Notherbenrecht beseitigt habe — Derogationssystem[2] —, oder ob sie nur Zusätze zum alten Rechte machte — Additionalsystem.

Das Erstere, also die Aufhebung des alten Rechtes, ist anzunehmen.

Eine absolute Unvereinbarkeit der Vorschriften des alten Rechtes mit den Bestimmungen der Novelle 115 liegt allerdings nicht vor und ausdrücklich sind jene Vorschriften nicht aufgehoben. Daher scheint es, als sei deren fortdauernde Geltung anzunehmen, da korrektorische Gesetze strikt zu interpretiren sind.

Aber hier liegt der Fall doch ganz besonders. Das alte Notherbenrecht war innerlich überlebt. Es wird mehrfach in Gesetzen übergangen, wo man die nächste Veranlassung gehabt hätte, seiner zu gedenken, wenn man es hätte erhalten wollen. In diesem besonderen Falle ist in dem Schweigen des Gesetzgebers eine Anerkennung zu erblicken, daß das Institut dem praktischen Rechte nicht mehr angehören solle.[3]

Zweites Kapitel.

Das Pflichttheilsrecht und die Novelle 115.

I. Die geschichtliche Entwickelung des Pflichttheilsrechtes.

§ 146. Der Pflichttheil im Allgemeinen.

Pflichttheil — portio legitima — ist der nahestehenden Verwandten, welche zugleich die Intestaterben des Erblassers wären, gebührende Betrag eines Theiles ihrer Intestatportion.

---

2) Für das Derogationssystem waren schon die Basiliken lib. 39 tit. 2 und die Scholien dazu, nicht minder die Glosse zu den Authentiken „non licet“ und „ex causa“ E. de liberis praeteritis. Für dasselbe erklärte sich neuerdings u. A. Francke, Notherbenrecht S. 354. Die entgegengesetzte Ansicht vertraten u. A. Cujacius — siehe die bei Francke S. 356 angeführten Stellen — und unter den Neueren Bangerow Bd. 2 § 486 S. 297. Bei Francke und Bangerow finden sich Litteraturangaben. Reicher noch giebt solche Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 308. Neuerdings hat sich für das Derogationssystem mit Rücksicht auf die Novelle 18 Leist bei Glück, die Bücher 37 und 38 Theil 3 S. 178 ausgesprochen.

3) Von diesem Standpunkte aus verliert der Einwand von Schmidt a. a. O. S. 185 seine Kraft, daß die Annahme stillschweigender Beseitigung eines „seit alten Zeiten im römischen Leben eingewurzelten Institutes“ mißlich sei. Schmidt selbst nimmt Ausmerzung des alten formellen Notherbenrechtes durch die deutsche Praxis an.

Eine derartige Zuwendung galt ohne Zweifel in Rom seit alter Zeit als Verwandtenpflicht — officium. Ursprünglich bestand staatlicher Zwang zu derselben nicht, der Einfluß der Familiengenossenschaft und der Druck der öffentlichen Meinung war indessen stark genug, für die Regel die Erfüllung zu sichern.

Als aber seit der letzten Zeit der Republik diese Faktoren an Kraft einbüßten und die Testirfreiheit häufiger mißbraucht wurde, machte man, was früher bloße Verwandtenpflicht gewesen war, auch zur Rechtspflicht. Diese Neuerung geschah aus dem Schooße des Volkes heraus durch das große Volksgericht der Centumvirn, welches in Erbschaftsprozessen Recht sprach.

Doch gab man dem pflichtwidrig Uebergangenen keine Klage, womit er den Pflichttheil direkt einfordern konnte. Man erreichte das Ziel vielmehr auf einem Umwege, durch die querella inofficiosi testamenti. Mit ihr ist daher die Entwickelung des Pflichttheilsrechtes auf das Engste verknüpft.

§ 147. Die querella inofficiosi testamenti.[1]

Die querella inofficiosi testamenti war ursprünglich und noch in der klassischen Zeit das einzige Rechtsmittel, durch welches Pflichttheilsberechtigte gegen Verletzung durch pflichtwidrige Testamente reagiren konnten.

Man streitet darüber, ob diese Querel eine Unterart der hereditatis petitio sei oder ein selbständiges Rechtsmittel. Hierauf ist zu antworten: Von vornherein verwendete man die hereditatis petitio ab intestato, um den im Pflichttheile Verletzten zu helfen. Im Laufe der Entwickelung hat sich aber die Querel zu einem eigenen, von der gewöhnlichen Erbschaftsklage sehr verschiedenen Rechtsmittel gestaltet.[2]

Höchst eigenthümlich war die Weise, in der man die Klage begründete. Zu der Zeit, als man die Querel einführte, war der Kläger, welchem der Pflichttheil nicht hinterlassen war, rechtlich nicht verletzt, denn

---

1) Tit. Dig. de inofficioso testamento 5, 2, Inst. 2, 18, Cod. 3, 28. Hartmann über die querella inofficiosi testamenti nach klassischem Rechte 1864, Vangerow Bd. 2 § 478, Brinz Bd. 3 S. 249.

2) Die Querel wird mehrfach als „hereditatis petitio" bezeichnet, so namentlich l. 34 C. h. t. 3, 28 und l. 20 D. h. t. 5, 2. An anderen Orten dagegen werden querella inofficiosi und hereditatis petitio geradezu in Gegensatz gesetzt, Pauli sent. IV, 5 § 4. Das sind keine wahren Widersprüche. Betont man mehr den Ursprung und eine gewisse allgemeine Aehnlichkeit des Zweckes, so kann man die Querel der hereditatis petitio unterstellen. Kommt es darauf an, das specifische Rechtsmittel zu charakterisiren, so tritt der Gegensatz hervor.

die alte Zeit kannte kein Recht auf den Pflichttheil. An Stelle des Rechtspunktes setzte man daher den Ehrenpunkt. Der Verletzte beschwerte sich über die *Unbill*,[3] die seiner Person dadurch zugefügt sei, daß ihm der Testator, trotz der nahen Verwandtschaft, nichts oder Unzureichendes zugewendet habe.

Daran reihte sich die weitere Behauptung des Klägers, daß der Testator, welcher ihn so grundlos an der Ehre kürzte, nicht *recht bei Sinnen war*.[4] Auf dieses doppelte Fundament baute sich schließlich sein Ansuchen, ihm als Intestaterben seine Intestatportion zuzusprechen.

Das Petitum ist, genau besehen, wesentlich ein anderes, als das einer Erbschaftsklage.

Mit der Erbschaftsklage verlangt der nicht besitzende Erbe vom besitzenden Nichterben Herausgabe der ihm gebührenden Nachlaßobjekte auf Grund der Anerkennung seines zu Recht bestehenden Erbrechtes.

Mit der Querel dagegen fordert der Pflichttheilsberechtigte gegenüber dem Testamentserben *Rescission des Testamentes bis zur Höhe seiner Intestatportion*. Eine Verurtheilung zur Herausgabe von Nachlaßsachen schließt sich oft, aber keineswegs immer an.

Die Erbschaftsklage bezweckt also *Verwirklichung eines Rechtes, welches besteht, die Querel Begründung eines Rechtszustandes, wie er sein soll*.[5]

---

8) Die Quellen sprechen daher häufig von der „injuria“, welche in der Nichtzuwendung des Pflichttheils liege, l. 4, l. 8 pr. D. h. t. 5, 2, sowie von der „indignatio“ des Pflichttheilsberechtigten, l. 22 pr. D. h. t. 5, 2. Schröder, Notherbenrecht S. 382.

4) Die Rescission des Testamentes geschieht „sub colore insaniae“ des Erblassers, l. 2 D. h. t. 5, 2, l. 5 D. eod. pr., I. h. t. 2, 18. Jedoch bemerken die Pandektenjuristen, daß der pflichtwidrig Testirende keinesfalls als wirklich wahnsinnig gelte, weil dann das Testament ohne Weiteres und zu Gunsten eines Jeden nichtig wäre. Darin liegt eine richtige, aber erst der späteren Reflexion angehörige Bemerkung. Anfänglich wußte man sich gegen das pflichtwidrige Testament nicht anders zu helfen, als daß man es als dasjenige eines Wahnsinnigen angriff, und die Centumvirn rescindirten es, indem sie den Testator geradezu als geisteskrank erklärten. Erst als das Rechtsmittel eingebürgert und anerkannt war, untersuchte man den Grund, welcher, ursprünglich unentbehrlich, ohne Weiteres als richtig angenommen war, näher, und nunmehr fanden die Juristen, daß doch von einem wahren Wahnsinne des Testators nicht die Rede sei. Das konnte man jetzt erkennen, ohne um deswillen das in der Praxis feststehende Rechtsmittel in Frage zu stellen. Ein ähnlicher Entwickelungsgang läßt sich bei der Rechtsbildung durch die Praxis häufig beobachten. Andere Erklärungen des „color insaniae“, die zum Theil recht unbefriedigend sind, siehe bei Schröder a. a. O. S. 386.

5) Sehr wesentliche Verschiedenheiten der Querel von der hereditatis petitio sind unbestritten. Ueber manche streitet man aber. Denn einige Schriftsteller legen mit Recht das Hauptgewicht auf das, was sich aus dem eigenthümlichen Wesen der Querel ergiebt, andere dagegen erachten die Regeln der hereditatis petitio durch-

1. Klageberechtigt sind nahe Verwandte, welche Intestaterben wären und denen nicht einmal ein Viertel der Erbportion zugewendet ist,[6] ohne daß ein Grund zu solcher Mißachtung vorliegt.

Das Viertel stellte sich in der Praxis nach Analogie der lex Falcidia fest.[7] Welche Verwandte das Klagerecht haben, darüber schwankte die Praxis.[8] Dasselbe wurde kognatischen wie agnatischen Descendenten und Ascendenten gewährt, Geschwistern nur unter besonderen Voraussetzungen.[9]

Es kommt eine eigenthümliche successio in querellam vor.[10] Hat der Erblasser nämlich seinen nächsten Intestaterben und Pflichttheilsverwandten, z. B. seinen Sohn, nicht mit dem Pflichttheile ausgestattet, und kann oder will dieser die Querel nicht erheben, so geht sie auf den nächstfolgenden Intestaterben und Pflichttheilsverwandten über, z. B. den Enkel, falls auch diesem, und zwar grundlos, nichts hinterlassen ist.

2. Das Fundament der Querel ist die Beleidigung des Pflichttheilsverwandten, ihr Ziel Sühne durch Rescission des Testamentes; sie ist vindictam spirans. Hieraus erklären sich folgende Eigenthümlichkeiten:

a) Die Querel ist *höchstpersönlich*. Nur wenn sie bereits angestellt oder wenigstens *vorbereitet* ist, *vererbt* sie sich auf die Erben des Verletzten.[11]

b) Jede auch indirekte *Anerkennung* des Testaments schließt die Klage aus, weil sie ergiebt, daß die Beleidigung nicht tief geht.[12]

---

weg als maßgebend, soweit eine Abweichung nicht quellenmäßig verbürgt ist. Man formulirt gewöhnlich diese Frage so, ob die Querel eine hereditatis petitio beziehungsweise *modificirte hereditatis petitio* sei oder ob *nicht*. Vgl. Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 13 und die dort citirten Schriftsteller. Der Begriff einer „modificirten hereditatis petitio" ist jedoch so vag, daß diese Fragestellung nicht entsprechend ist.

6) §§ 3 und 6 J. h. t. 2, 18, l. 8 §§ 6, 8, 9 D. h. t. 5, 2, l. 36 § 1 C. h. t. 3, 28.

7) Als Falcidia wird die Quart des Pflichttheilsberechtigten nicht selten bezeichnet, so l. 31 C. h. t. 3, 28. Vgl. Schröder a. a. O. S. 275.

8) l. 1 D. h. t. 5, 2.

9) Näheres unten § 149 Anm. 5.

10) l. 31 pr. D. h. t. 5, 2. Paulus libro singulari de septemviralibus judiciis. Si is, qui admittitur ad accusationem, nolit aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est: et placuit posse, ut fiat successioni locus, l. 14 D. eod.

11) l. 6 § 2, l. 7 D. h. t. 5, 2. Descendenten transmittiren die Querel nach der l. 34 C. h. t. 3, 28 von Justinian ohne Weiteres auf ihre Descendenten. Doch ist streitig, ob Bedingung dieser Transmission ist, daß der pflichttheilsberechtigte Descendent vor der Erklärung des Testamentserben verstarb. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 478 S. 265.

c) Die Klage verjährt in 5 Jahren von dem Erbschaftsantritte durch den Testamentserben an gerechnet.[12] Denn so lange Unthätigkeit zeigt, daß die Beleidigung nicht schmerzt.

d) Die Querel ist ein subsidiäres Rechtsmittel.[14]

3. Da die Querel Rescission des Testamentes zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten bezweckt, so ergiebt sich bezüglich der Person des Klägers und des Beklagten nothwendigerweise weiter:

a) Auch wer im Besitze des Nachlasses ist, kann die Klage anstellen.[15]

b) Beklagbar sind Testamentserben sowie Universalfideikommissare und die Rechtsnachfolger dieser Personen. Es wird nicht gefordert, daß sie Nachlaßsachen besitzen.[16]

Die Legatare des pflichtwidrigen Testaments können zugleich mit den Testamentserben belangt werden, sowie auch freiwillig interveniren.[17] Selbständig mit der Querel verklagt werden können sie nicht.[18]

4. Die Rescission des Testamentes erfolgt in Höhe der Intestatportion des Klägers, also keineswegs bloß auf den Betrag seines Pflichttheils.[19]

Der Portion des Klägers wächst in Folge eines besonderen Anwachsungsrechtes die Intestatportion von anderen, gleichfalls mit Unrecht übergangenen Pflichttheilsberechtigten zu, welche die Querel nicht durchführen.[20]

---

12) l. 8 § 10, l. 31 § 3 und § 4, l. 32 D. h. t. 5, 2.

13) l. 16 C. h. t. 3, 28, l. 36 § 2 C. eod.

14) § 2 J. h. t. 2, 18.

15) Vgl. l. 8 § 13 D. h. t. 5, 2. Anders freilich Vangerow Bd. 2 § 478 S. 263. Er erachtet mit Unrecht die Grundsätze der her. petitio auch in dieser Hinsicht als maßgebend.

16) l. 8 § 10 D. h. t. 5, 2, l. 10 C. h. t. 3, 28. Es ist also keineswegs wie bei der hereditatis petitio Jeder belangbar, welcher den Nachlaß „pro herede“ oder „pro possessore“ besitzt. Die Querel ist natürlich gegen den Testamentserben erst zulässig, wenn derselbe die Erbschaft angetreten hat. Damit der Pflichttheilsberechtigte nicht durch Verzögerung des Antritts vom Testamentserben hingehalten werde, verordnet Justinian in der l. 36 § 2a. C. h. t. 3, 28, daß sich der Testamentserbe binnen 6 Monaten, und wenn die Betheiligten in verschiedenen Provinzen leben, binnen 1 Jahre, vom Tode des Erblassers an gerechnet, über den Antritt zu erklären habe. Geschieht dies nicht, so wird der Testamentserbe zum Antritt vom Gerichte gezwungen. Ueber das Präjudiz, welches den Testamentserben treffen soll, sind jedoch die Meinungen sehr getheilt. Vgl. Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 12.

17) l. 29 pr. D. h. t. 5, 2, l. 14 pr. D. de appellat. 49, 1.

18) Anders Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 16.

19) l. 22 D. h. t. 3, 28. Diocletianus et Maximianus . . eam de inofficioso testamento patris querentem, totam hereditatem obtinere posse non ambigitur.

20) l. 23 § 2 D. h. t. 5, 2. Paulus libro singulari de inofficioso testamento.

Gegen jeden von mehreren Testamentserben ist besonders zu klagen. Das Testament wird durch das Urtheil nicht weiter rescindirt, als die testamentarische Erbportion des Beklagten reicht. Das Urtheil gegen den einen Testamentserben hat keine Rechtskraft gegen den anderen.[21]

Dagegen wirkt die Rescission innerhalb des bezeichneten Umfanges absolut, namentlich also gegen die Legate, welche auf der Portion des beklagten Testamentserben lasteten.[22 23]

5. Wer die Querel anstellt und unterliegt, verliert als unwürdig alles, was ihm der Testator letztwillig zubachte.[24]

§ 148. Die Weiterentwickelung des Pflichttheilsrechtes.

Im Laufe der Zeit gestaltete sich der Anspruch auf den Pflichttheil zu einem festen Rechte der Verwandten; der Gesichtspunkt der Ehrenkränkung durch die Nichthinterlassung blieb nicht allein entscheidend. Auch wenn ein Pflichttheilsverwandter erst nach dem Testamente zur Existenz kam und deshalb nicht in ihm berücksichtigt sein konnte, hatte er daher die Pflichttheilsrechte.[1]

Insbesondere suchte aber Justinian das Pflichttheilsrecht zu konsolidiren und zu erweitern.

1. Justinian gab den Pflichtheilsverwandten, welchen der Pflicht-

---

Si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri adcrescit, idemque erit et si tempore exclusus sit, l. 17 pr. D. eod.

21) l. 15 § 2 D. h. t. 5, 2. Papinianus libro 14 quaestionum: Filius qui de inofficioso actione adversus duos heredes expertus diversas sententias judicum tulit et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest et corpora vindicare et hereditatem dividere. verum enim est familiae erciscundae judicium competere, quia credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum. et ideo pars hereditatis in testamento remansit. nec absurdum videtur pro parte intestatum videri, l. 25 § 1 D. eod.

22) l. 8 § 16, l. 17 § 1, l. 28 D. h. t. 5, 2, l. 18 C. h. t. 3, 28. Darüber, daß dies durch die Kodicillarklausel nicht abgewendet wird, vgl. oben Bd. 3 § 95 Anm. 9. Ist das Testament ganz rescindirt, so fällt auch die in ihm angeordnete Pupillarsubstitution. Wird es theilweise rescindirt, so bleibt die Pupillarsubstitution in Kraft, l. 8 § 5 D. h. t. 5, 2.

23) Ueber den Fall, in welchem ein unrichtiges Urtheil die Rescission des Testamentes auf Grund der Klage eines Prätendenten ausspricht, welcher nicht der nächste Intestatberechtigte ist, vgl. l. 6 § 1 D. h. t. 5, 2. Ulpianus libro 14 ad edictum: Si quis ex his personis, quae ad successionem ab intestato non admittuntur, de inofficioso egerit — nemo enim eum repellit — et casu optinuerit, non ei prosit victoria, sed his qui habent ab intestato successionem. Vgl. hierzu l. 35 § 1 D. eod., Schröder a. a. O. S. 437.

24) l. 8 § 14, l. 22 § 1 D. h. t. 5, 2.

1) Vgl. unten § 148 Anm. 2.

theil unvollständig hinterlassen war, eine selbständige Klage auf Ergänzung des Pflichttheiles — die actio ad supplendam legitimam.[2]

2. Er verfügte, daß auf den Pflichttheil gelegte Belastungen nichtig seien.[3]

3. Er erhöhte den Pflichttheil in der nov. 18 bei 4 oder weniger Berechtigten auf $^1/_3$ und bei 5 oder mehr auf $^1/_2$ der Intestatportion des Berechtigten.

4. Er verlangte endlich in der nov. 115, daß Ascendenten ihre Descendenten und Descendenten ihre Ascendenten mit einer Erbeseinsetzung beehren müssen, und bestimmte die Unwürdigkeitsgründe, welche dem Testator freie Hand geben, speciell und kasuistisch.

II. Der Pflichttheil und das Recht auf Erbeinsetzung im gemeinen Rechte.

§ 149. 1. Pflichttheilsberechtigte Personen.

Das Pflichttheilsrecht setzt voraus:

1. ein Verwandtschaftsverhältniß. Berechtigt sind:

a) Descendenten jeden Grades, auch uneheliche Kinder gegenüber ihrer Mutter und deren Ascendenten.[1]

Existenz zur Zeit des Testaments wird nicht gefordert. Auch zur Zeit des Todes des Erblassers erst Koncipirte haben dies Recht, selbst wenn der Testator von ihrem Vorhandensein im Mutterleibe nichts wußte.[2]

Was adoptirte Kinder anlangt, so haben unvollkommen adoptirte die Pflichttheilsrechte nur gegen ihre natürlichen Verwandten, nicht gegen den Adoptivvater, obgleich sie ihm gegenüber intestaterbberechtigt sind, Adoptirte anderer Art haben, solange das Adoptionsverhältniß dauert, Pflichttheilsrecht nur gegen den Adoptivvater, nicht aber gegen ihren leiblichen Vater.[3]

2) l. 30, l. 31, l. 36 pr. C. h. t. 3, 28.

3) l. 32 C. h. t. 3, 28.

1) l. 4, l. 5 pr. D. h. t. 5, 2, l. 29 § 1 D. h. t.

2) l. 6 pr. D. h. t. 5, 2. Besondere Bestimmungen für den Fall des Versterbens der Mutter im Kindbett mit Hinterlassung des Kindes giebt l. 3 C. h. t. 3, 28.

3) l. 10 C. de adoptionibus 8, 47, vgl. Schmöle, Notherbenrecht des Adoptirten. Leipziger Inauguraldissertation 1888. Justinian entscheidet ausdrücklich, daß der plene adoptatus kein Pflichttheilsrecht gegen den leiblichen Vater hat. Es ist wohl nicht gerechtfertigt, diese Bestimmung, wie Manche thun — insbesondere Windscheid Bd. 3 § 579 Anm. 7, Schröder a. a. O. S. 328 — um deswillen als antiquirt anzusehen, weil Justinian das Intestaterbrecht des plene adoptatus gegen den leiblichen Vater neu gestaltet und verbessert hat.

b) Ascendenten jeden Grades haben Pflichttheilsrecht gegen ihre Descendenten.[4]

c) Vollbürtige Geschwister und halbbürtige, die denselben Vater haben — consanguinei —, sind berechtigt, wenn ihnen eine bescholtene Person vorgezogen ist.[5] Halbbürtige Geschwister von der Mutter her — uterini — haben kein Pflichttheilsrecht.

2. In concreto hat nur Pflichttheilsrecht, wer ohne das Testament der nächste Intestaterbe wäre.[6]

Ist daher der nächste Intestaterbe des Erblassers nicht pflichttheilsberechtigt und der nächste pflichttheilsberechtigte Verwandte desselben nicht nächster Intestaterbe, so bestehen keine Pflichttheilsansprüche.[7]

In Folge der successio in querellam kann aber allerdings Jemand, der nicht nächster Intestaterbe ist, Pflichttheilsansprüche erhalten.[8]

3. Unwürdige Personen haben keinen Anspruch.[9]

§ 150. 2. Der Betrag des Pflichttheiles.

Das alte Recht hatte den Pflichttheil uniform auf den bescheidenen Betrag eines Viertels der Intestatportion[1] gesetzt. Die Novelle 18 erhöhte ihn aber in übertriebener Weise und führte zugleich eine progressive Berechnung ein.

Das Princip der Novelle ist: wessen Intestatportion $^1/_4$ des Nachlasses oder mehr ausmacht, dessen Pflichttheil ist $^1/_2$ dieser Portion; wessen Intestatportion aber nur in $^1/_5$ des Nachlasses oder weniger besteht, dessen Pflichttheil beträgt $^1/_2$ dieser Portion.[2]

---

4) Der leibliche Ascendent hat kein Pflichttheilsrecht gegen sein in vollkommener Adoption befindliches Kind. Vgl. l. 10 C. de adopt. 8,47, oben Anm. 3.

5) l. 27 C. h. t. 3, 28. Vgl. Schröder a. a. O. S. 257. Zu den personae turpes gehören öffentliche Dirnen. Die Verheirathung mit dem Erblasser stellt keineswegs unter allen Umständen ihren guten Ruf her, vielmehr kommt es hierbei auf die Lage des Falles an, R.G. Bd. 14 S. 187.

6) l. 6 pr. § 1 D. h. t. 5, 2.

7) Dahin gehören folgende Fälle: a) der Erblasser verstirbt mit Hinterlassung eines minus plene adoptatus und von Ascendenten oder von demselben Vater stammenden Geschwistern, ferner b) er verstirbt mit Hinterlassung vollbürtiger Neffen und eines halbbürtigen Bruders.

8) Oben § 147 Anm. 10.

9) Das Nähere unten § 154.

1) Vgl. oben Bd. 3 § 147 Anm. 7.

2) Dieses Princip wurde von Schömann, Handbuch Bd. 2 S. 75 aufgestellt und namentlich von Bangerow Bd. 2 § 475 Anm. S. 259 vertheidigt.

Dies gilt nicht bloß für Kinder und für Enkel,[3] sondern auch für Ascendenten und Geschwister des Erblassers.[4]

Der Pflichttheil ist für jeden Pflichttheilsberechtigten gesondert aus seiner Intestatportion zu berechnen — Distributivberechnung. Er ist keineswegs, wie manche Aeltere annahmen, für alle Pflichttheilsberechtigte insgesammt aus dem gesammten Nachlaß auszuwerfen — Kollektivberechnung —, so daß sie sich dann in die ermittelte Summe zu theilen hätten.[5]

Für die Bestimmung der Intestatportion ist zu beachten:

a) Zur Ermittelung ihrer Höhe sind alle Personen mitzuzählen, welche Intestaterben geworden wären, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben wäre.

Dahin gehört nicht, wer bei Lebzeiten des Erblassers gültig auf sein eventuelles Erbrecht verzichtete. Dagegen zählt mit auch der gültig Exheredirte.

Seine Einstellung mindert keineswegs den Pflichttheil immer. Sie kann vielmehr auch dessen Vergrößerung herbeiführen, nämlich dann,

---

3) Sehr bestritten ist die Quote des Pflichttheils der Enkel. Die ältere Ansicht — vgl. Glück Bd. 7 S. 55 — sah auf die Zahl der Stämme, so, daß nur beim Vorhandensein von mehr als 4 Stämmen den Enkeln die Hälfte ihrer Intestatportion als Pflichttheil zugestanden wurde. Die jetzt herrschende Ansicht dagegen berechnet für jeden einzelnen Enkel den Pflichttheil besonders und gewährt ihm als Pflichttheil stets die Hälfte seiner Intestatportion, wenn diese kleiner ist als ein Viertel des Nachlasses, Schröder a. a. O. S. 289. Außerdem bestehen Mittelmeinungen, die aber wenig konsequent sind. Vgl. übrigens Keller, Pandekten § 513.

4) Justinian handelt in der Novelle 18 zunächst von dem Pflichttheile der Kinder. Auf Descendenten beschränkte daher Julian in seinem Novellenauszug die Pflichttheilserhöhung. Und diese Beschränkung hat namentlich neuerdings Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 1 n. 11 und Bd. 5 n. 12 vertheidigt. Aber gegen sie spricht die allgemeine Ausdehnungsklausel am Schlusse des cap. 1 der Novelle 18, die zu einer Beschränkung auf Enkel eine Handhabe nicht bietet. Auf die Erhöhung des Pflichttheils der Ascendenten spielt auch die nov. 89 cap. 12 § 3 an, wo hinsichtlich desselben bemerkt ist, „quam lex et nos constituimus". Vgl. Keller a. a. O., Schröder a. a. O. S. 276.

5) Die Fassung der Novelle 18 spricht allerdings zu Gunsten der Kollektivberechnung. Sie verordnet, den Kindern solle nicht bloß $^1/_2$, sondern $^1/_2$ beziehungsweise die Hälfte des Vermögens hinterlassen werden. Doch hierin ist blos eine ungenaue Redeweise zu sehen. Justinian wollte die Höhe des Pflichttheils vermehren, keineswegs aber das bisherige Princip seiner Berechnung umstoßen. Würde doch die Kollektivberechnung unter Umständen zu höchst absonderlichen Resultaten führen. Wächter, Pandekten Bd. 2 S. 830 Anm. 6 giebt folgendes Beispiel: Der Erblasser hat 30,000 im Vermögen, hinterläßt seinen Vater und 4 Brüder, setzt den Vater auf den Pflichttheil und ernennt unter Uebergehung seiner Brüder eine nicht unwürdige Person zum Erben auf das Uebrige. Hier ist der Intestaterbtheil des Vaters = 6000 und sein Pflichttheil nach der Distributivberechnung = 3000. Nach der Kollektivberechnung aber betrüge der Pflichttheil, da die Zahl der Intestaterben 5 ist, die Hälfte des Nachlasses, also 15,000, und diese Summe würde, da die Brüder des Erblassers in concreto nicht pflichttheilsberechtigt, dem Vater allein als Pflichttheil anheimfallen!

wenn der Exheredirte zu 4 Pflichttheilsberechtigten hinzukommt. Wäre der Exheredirte hier nicht zu zählen, so betrüge der Pflichttheil jedes Einzelnen ein Drittel der Intestatportion, also ein Zwölftel des Nachlasses. Da er mitgezählt wird, so ergiebt sich als Intestatportion ein Fünftel, und der Pflichttheil beträgt dessen Hälfte, also ein Zehntel des Nachlasses.

Daher der Spruch: „exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam“.[6] [7]

b) Zur Ermittelung des Werthes der Intestatportion ist die Todeszeit des Erblassers zu Grunde zu legen.[8]

Die Schätzung der Erbschaftsaktiven hat nach ihrem gemeinen Werthe zu erfolgen, Erbschaftsschulden und Beerdigungskosten sind abzuziehen. Die Kosten der Liquidation des Nachlasses bleiben außer Betracht.[9]

c) Der Pflichttheilsberechtigte kann von dem Testamentserben Vorlegung eines Inventars über den Nachlaß und eidliche Manifestation desselben fordern. Er kann diesen Anspruch in besonderer Klage geltend machen, aber auch mit der Querel oder der Pflichttheilsergänzungsklage verbinden.[10]

§ 151. 3. Die Formen der Zuwendung des Pflichttheiles.

Der Erblasser muß den Pflichttheil aus seinem Vermögen gewähren. Was er dem Pflichttheilsberechtigten aus fremdem Vermögen verschafft, kommt nicht in Betracht.[1]

---

6) l. 8 § 8 D. h. t. 5, 2. Schröder a. a. O. S. 280.

7) Mitzuzählen ist auch die arme Wittwe, da sie Erbin ist — oben Bd. 3 § 137. — Vgl. Schröder a. a. O. S. 284.

8) l. 6 C. h. t. 3, 28.

9) l. 8 § 9 D. h. t. 5, 2, R.G. bei Bolze 1 n. 1341.

10) R.G. bei Bolze Bd. 3 n. 886 und 887.

1) l. 36 § 1b C. h. t. 3, 28. Justinianus: Repletionem autem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est vel ex substitutione vel ex jure adcrescendi, puta usus fructus: humanitatis etenim gratia sancimus ea quidem omnia quasi jure adventitio eum lucrari repletionem autem ex rebus substantiae fieri. Viele verstehen unter der hier beispielsweise angeführten Substitution eine Honorirung des Pflichttheilsberechtigten durch Vulgarsubstitution, und unter dem jus adcrescendi die Vermehrung des ihm Zugewendeten durch gewöhnliches Anwachsungsrecht. Hieraus leiten sie die Regel, „was der Testator zunächst einem Anderen zugedacht habe, damit dieser es behalte, solle in den Pflichttheil nicht eingerechnet werden, wenn der Pflichttheilsberechtigte, sei es durch Substitution, sei es durch Akkrescenz, an dessen Stelle trete“. Man streitet dann darüber, ob diese gewiß sonderbare Regel nur auf Vermächtnisse Anwendung findet, oder was die Meisten — vom eingenommenen Standpunkte aus willkürlich — ver-

Die Zuwendung kann geschehen:

a) durch Verfügung von Todeswegen, insbesondere durch Erbeseinsetzung und Vermächtnisse, nicht minder durch Schenkungen von Todeswegen;[2 3]

b) durch Gewährung einer Dos, in Rom einer propter nuptias donatio und militia.[4]

Heutzutage ist die Ausstattung richtiger Ansicht nach an die Stelle getreten.[5]

c) durch Schenkungen unter Lebenden, welche mit der Bestimmung der Einrechnung in den Pflichttheil gegeben wurden.[6 7]

In Gemäßheit des kanonischen Rechtes ist die Falcidische Quart des Testamentserben nicht in seinen Pflichttheil einzurechnen. Es liegt hierin eine bedeutende Erweiterung der Rechte der Pflichttheilsberechtigten, welche die gemeinrechtliche Praxis recipirt hat.[8]

---

neinen, auch auf Erbeseinsetzungen. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 476 S. 262, Schröder a. a. O. S. 314. Wie aber Justinian in der l. 36 § 1 b C. cit. auf jene angebliche Regel gekommen sein soll, bleibt unerklärlich. Justinian will ja nur Beispiele für den Satz geben, daß der Testator den Pflichttheil aus eigenem Vermögen gewähren müsse. Hiernach müssen wir denn auch seine Beispiele konstruiren. Bei der „substitutio" wird man vorzugsweise an ein dem Erblasser gehörendes Familienfideikommiß zu denken haben, in welches ihm seine Familienglieder substituirt sind und das er auf Grund des ihm zustehenden Wahlrechtes einem seiner Kinder auf dessen Pflichttheil zuweisen will. Vgl. oben Bd. 3 § 114 Anm. 5. Verwandte Erklärungen geben Brinz Bd. 3 § 405 Anm. 16 und Windscheid Bd. 3 § 581 Anm 7. Bei dem jus adcrescendi ist an einen Zuwachs des Nießbrauchs gedacht, also eines Rechtes, welches zum Vermögen des Erblassers zur Zeit seines Todes nicht gehörte.

2) § 6 I. de inofficioso testamento 2, 18.

3) Auch was der Pflichttheilsberechtigte auf Grund einer letztwilligen Verfügung des Testators condicionis implendae causa erhält, ist richtiger Ansicht nach einzurechnen. Hierfür spricht l. 8 § 10 D. h. t. 5, 2, l. 3 § 19 D. de bon. libert. 38, 2. Anders ist die herrschende Meinung, welcher neuerdings auch Schröder a. a. O. S. 329 folgt. Dort siehe die Litteratur.

4) l. 29 C. h. t. 3, 28, l. § 30 § 2 C. eod. Vgl. Schröder a. a. O. S. 307.

5) Seuffert, Archiv Bd. 25 n. 249. Die derzeit herrschende Ansicht stimmt hiermit nicht überein.

6) l. 25 pr. D. h. t. 5, 2, l. 35 § 2 C. h. t. 3, 28. Daß Alles, was zu konferiren sei, in den Pflichttheil eingerechnet werden müsse, verwirft l. 20 § 2 C. de collationibus 6, 20. Vgl. Arndts § 594 Anm. 3.

7) Zuwendungen unter Lebenden, welche in den Pflichttheil eingerechnet werden, müssen weil sie eben wie aus der Erbschaft hinterlassen behandelt werden andererseits dem Erbvermögen zugerechnet werden, um den Werth der Intestatportion und den Betrag des schuldigen Pflichttheils zu bestimmen. Unger, System Bd. 6 § 81 Anm. 11, Windscheid Bd. 3 § 581 Anm. 3.

8) cap. 16, 18 X. de testamentis 3, 26; Seuffert, Archiv Bd. 5 n. 41, Bd. 13 n. 106; Windscheid Bd. 3 § 652 Anm. 5; Schröder a. a. O. S. 502.

§ 152. 4. Pflicht der Erbeseinsetzung von Descendenten und Ascendenten.

Gemäß der Novelle 115 muß der Testator nicht bloß seine *pflichttheilsberechtigten Descendenten und Ascendenten* mit ihrem Pflichttheil bedenken, er muß sie vielmehr auch durch *Einsetzung als Erben ehren*.[1]

Damit ist nicht gemeint, daß er sie auf ihren vollen Pflichttheil zu Erben einsetzen müßte. Es genügt vielmehr Erbeseinsetzung auf ein Minimum, wenn der Pflichttheil nur anderweit gewährt ist. Erbeseinsetzung auf eine bestimmte Sache oder Summe ist gleichfalls ausreichend, wie die Novelle ausdrücklich erklärt.[2]

Streitig ist die Behandlung bedingter Erbeseinsetzungen, da hierüber die Novelle nichts bestimmt. Das Richtige ist, daß Erbeseinsetzung unter einer Potestativbedingung ausreicht,[3] daß andere Bedingungen dagegen wie nicht zugefügt gelten.[4]

Das Gebot Justinians, Descendenten und Ascendenten mit einer Erbeseinsetzung zu ehren, war schon zu Justinians Zeit ein Anachronismus. Bestanden doch schon in der christlichen Kaiserzeit keine bestimmten Wortformen mehr für die Erbeseinsetzung, in deren Gebrauch man etwa eine besondere Ehrenerweisung für den Honorirten hätte sehen können. Vollends in Deutschland aber fehlt jede Empfindung dafür, daß die Ernennung als Erbe eine besondere Ehre bilde.

In der Praxis half man sich über das Unbegreifliche der Vorschrift und ihre Härten dadurch hinweg, daß man *in jeder letztwilligen Zuwendung an den Descendenten oder Ascendenten im Zweifel eine Erbeseinsetzung, eventuell auf eine bestimmte Sache*, sah[5] und annahm, daß der Vorschrift der Novelle

---

1) nov. 115 cap. 3 und 4, cap. 5.

2) nov. 115 cap. 1 pr.: Si vero heredes nominati fuerant, etsi certis rebus contenti esse jubeantur, hoc quidem casu testamentum non subverti praecipimus: quod vero illis minus legitima parte relictum est hoc secundum alias nostras leges ab heredibus expleatur. Una est enim serenitatis nostrae cura, ut injuriam praeteritionis et exheredationis parentum et liberorum tollamus.

3) So Vangerow Bd. 2 § 484 S. 284. Windscheid Bd. 3 § 568 Anm. 6 will dies nur für die „auf den nackten Willen" gestellten gelten lassen.

4) Das ist analog der Vorschrift der l. 32 C. de inofficioso test. 3, 28 anzunehmen. Auch das R.G. Bd. 17 S. 124 hat sich hierfür erklärt. Andere erachten bedingte Erbeseinsetzungen für nichtig. Die Litteratur siehe bei Windscheid Bd. 3 § 588 Anm. 4.

5) Von Einfluß auf die gemeinrechtliche Praxis waren, wie so oft, die kursächsischen Konstitutionen von 1572, welche p. III const. 9 zwar die Erbeseinsetzung der Kinder und der Eltern forderten, aber zufügten, „jedoch, wenn der Erblasser

damit Genüge geleistet sei.[6]

Bei Erbverträgen glaubt man von der Verpflichtung, die Descendenten und Ascendenten zu Erben einzusetzen, ganz absehen zu können.[7]

§ 153. 5. Die Enterbungsgründe.

1. Die Novelle 115 hat die Gründe, welche den Erblasser berechtigen, seinen Descendenten und seinen Ascendenten den Pflichttheil und die Ehre der Erbeseinsetzung zu versagen — die s. g. Enterbungsgründe —, genau specialisirt. Es sind 14 bezüglich der Ausschließung der Descendenten und 8 hinsichtlich der Ascendenten.[1] Sie beruhen theils in Ver-

in seinem Willen verba communia und solche Worte gebrauchte, die sich zur Einsetzung eines Erben ziehen möchten, so soll es soviel sein, als wären die Kinder oder die Eltern damit direkt zu Erben verordnet und eingesetzt. Und obwohl die Rechtslehrer weitläufig davon handeln, welche Worte solcher Kraft und Wirkung sein möchten, dennoch sind unsere Verordnete dessen einig, daß im Zweifel die verba communia pro institutione directa gehalten werden, damit die Testamente, so an sich selbst favorabilia sein, bei Kräften erhalten werden." Allerdings kommen Entscheidungen vor, in denen Testamente für ungültig erklärt werden, weil die legitima nicht titulo institutionis hinterlassen sei. So bei Strykius modernus lib. 28, 2 § 5. Andererseits fehlte es aber nicht an Schriftstellern, welche geradezu leugneten, daß die Novelle die Erbeseinsetzung fordere. Hierüber bemerkt Leyser, med. spec. 356 med. 1: Sed parum abest, quin tota haec disputatio in logomachiam abeat. Si ipsi quippe qui heredis institutionem requirunt addunt, vocem heredis et hereditatis non desiderari, sed verba qualiacunque sufficere et ad heredis institutionem trahi. Ita vero raro et fere nunquam continget ut filius, cui quid in testamento patris relinquitur heres in eo institutus dici nequeat. Siehe weiter Leyser a. a. O. med. 3 und 9.

6) In unserem Jahrhundert erst pflegen die Romanisten die Vorschriften der Novelle vorzutragen, ohne auf deren innere Hohlheit aufmerksam zu machen und ohne auf die seit Jahrhunderten bestehende deutsche Praxis hinzudeuten. Daher konnte selbst Wächter, Vorlesungen Bd. 2 S. 841 lehren: Wenn der Erblasser sagt: „meine Tochter setze ich zur Erbin ein, sie soll aber meinem Sohne doppelt soviel, als sein Pflichttheil beträgt, als Vermächtniß geben", so ist der Sohn nicht rite instituirt. Würde aber der Erblasser sagen: „meine Tochter setze ich zur Erbin ein, mein Sohn soll mein Reitpferd erben, und meine Tochter soll ihm, was zum Pflichttheil fehlt, noch als Vermächtniß zahlen", so ist rite testirt. — Die alten gemeinrechtlichen Juristen hätten in beiden Fällen eine Einsetzung ex re certa unterstellt, und das war praktisch und vernünftig. Für Windscheid freilich Bd. 3 § 588 Anm. 1 liegt nur eine „Behauptung" Dernburgs vor. Die romanistische Lehre hat allerdings auf die neuere Praxis zum Theil Einfluß gewonnen — vgl. Wendt, Pand. § 358 n. 6, Seuffert, Archiv Bd. 32 n. 62 — aber keineswegs allgemein. — Daß man sich auch in Griechenland noch mit der Einsetzungspflicht gemäß Harmenopulos und den Basiliken abquält, darüber vgl. Hofmann, kritische Studien S. 208.

7) R.G. Bd. 11 S. 216.

1) Die Enterbungsgründe sind in der Novelle 115 zum Theil ungeschickt und zweideutig formulirt. Vieles ist daher streitig, z. B. bei manchen Enterbungsgründen, ob sie bloß Söhne oder auch Töchter treffen sollen. Das Folgende bezweckt eine kurze Skizzirung der einzelnen Gründe zur Uebersicht. Eine genaue Fixirung ihres juristischen Thatbestandes würde umständliche Erörterungen fordern, die hier zu weit führen würden. Als enterbungswürdige Vergehen der Descendenten sind bezeichnet:

gehen gegen die Person des Erblassers, theils in sonstigem Unrecht. Eine Vermehrung der Gründe ist unstatthaft, extensive Interpretation derselben aber unumgänglich.[2]

Alle setzen Verschuldung voraus; Verzeihung des Erblassers vor der Errichtung seines Testamentes beseitigt ihre Kraft.[3]

Die Ausschließung der Descendenten und Ascendenten ist dadurch bedingt, daß der Enterbungsgrund im Testamente ausdrücklich angeführt wurde,[4] und daß er im Streitfalle vom Testamentserben bewiesen wird. Eine ausdrückliche Enterbung wird dagegen nicht gefordert.

2. Die Gründe, aus denen der Erblasser seinen Geschwistern den Pflichttheil versagen darf, sind nicht gesetzlich normirt. Das richterliche Ermessen hat daher über deren Würdigkeit frei zu befinden.[5]

3. S. g. Enterbung in guter Absicht — exheredatio bona mente —[6] ist zulässig, d. h. der Erblasser kann die Erbesein-

1. Thätlichkeiten gegen die Eltern; 2. schwere Beleidigung und 3. Erhebung von peinlichen Anklagen gegen dieselben, ausgenommen wegen Majestätsbeleidigung und Landesverrath; 4. Affiliirung in einer Giftmischerbande; 5. Lebensnachstellung gegen die Eltern; 6) Beischlaf des Sohnes mit seiner Stiefmutter oder der Konkubine seines Vaters; 7. kalumniose Angeberei der Eltern zu deren schweren Schaden durch den Sohn; 8. Weigerung der männlichen vermögenden Descendenten, durch Bürgschaft ihre Ascendenten einer Gefängnißhaft zu entledigen; 9. Verhinderung des Ascendenten am Testiren; 10. Gewerbe als Gaukler oder Schauspieler wider Willen der Eltern, wenn diese nicht demselben Beruf zugehören; 11. unsittlicher Lebenswandel der Tochter; sie ist entschuldigt, wenn die Eltern für keine passende Ehe bis zu ihrem 25. Jahr sorgten und sie dann liederlich wird; 12. Verlassen der Eltern in Geisteskrankheit; 13. Nichtloskauf der Ascendenten aus Gefangenschaft durch Descendenten, die mindestens 18 Jahre alt sind; 14. Ketzerei. — Enterbungswürdige Vergehen der Ascendenten sind: 1. Anzeige der Descendenten wegen todeswürdiger Verbrechen, ausgenommen wegen Majestätsbeleidigung; 2. Nachstellung nach dem Leben des Descendenten; 3. Beischlaf mit der Ehefrau oder der Konkubine des Sohnes; 4. Verhinderung des Descendenten am Testiren; 5. Vergiftung der eigenen Ehefrau; 6. Vernachlässigung des Descendenten in Geisteskrankheit; 7. Unterlassen seines Loskaufs aus der Gefangenschaft; 8. Ketzerei. — Der Enterbungsgrund der Ketzerei ist natürlich antiquirt. Vgl. überhaupt Buchholz in seinen juristischen Abhandlungen 1833 Abh. 6, Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 140.

2) Nov. 115 cap. 3 pr. Eine extensive Interpretation hat z. B. R.G. Bd. 15 S. 165 vorgenommen.

3) Die nach Errichtung des enterbenden Testamentes erfolgte Verzeihung hebt dasselbe nicht auf. Es bedarf vielmehr der Zurücknahme des Testamentes in den gewöhnlichen Formen, R.G. Bd. 18 S. 167, Bangerow Bd. 2 § 484 S. 288. Anders Windscheid Bd. 3 § 590 Anm. 16.

4) Es ist zulässig, im Voraus für den Fall, daß künftig ein gewisser Enterbungsgrund eintreten wird, eine Enterbung auszusprechen.

5) Vgl. Schröder a. a. O. S. 349. Auch den Geschwistern gegenüber hat der Testamentserbe die behauptete Unwürdigkeit nach richtiger Ansicht zu beweisen.

6) l. 18 D. de liberis et postumis 28, 2. Ulpianus libro 57 ad edictum: Multi non notae causa exheredant filios nec ut eis obsint, sed ut eis consulant, ut puta impuberibus eisque fideicommissam hereditatem dant. l. 12 § 2 D. de bon. libert. 38, 2, l. 25 C. h. t. 3, 28.

setzung seiner Notherben und die Zuwendung des Pflichttheiles an sie dann unterlassen, wenn dies im Interesse des Pflichttheilsberechtigten selbst oder seiner Familie liegt. Dies namentlich im Falle der Ueberschuldung des Pflichttheilsberechtigten oder übermäßigen Hanges zur Verschwendung. Die zu seinem Lebensunterhalte erforderlichen Einkünfte seines Pflichttheils müssen ihm nothwendig zugewendet werden.[7]

§ 154. 6. Die Querel nach der Novelle 115.

Bis zur Novelle 115 hatte der schlechthin übergangene Pflichttheilsberechtigte die querella inofficiosi testamenti gegen das inofficiöse Testament. Eine große Frage aber ist, inwieweit dies auch nach der Novelle noch der Fall ist?

1. Den Geschwistern ist die Querel geblieben, denn ihr Verhältniß wurde durch die Novelle 115 nicht berührt.[1]

2. Was aber sind die Folgen, wenn der Ascendent seinen Descendenten, der Descendent seinen Ascendenten pflichtwidrig nicht zum Erben eingesetzt hat, was praktisch in der Regel damit zusammenfällt, daß er ihm auch materiell nichts zugewendet hat.[2]

Die Novelle bestimmt, daß, soweit die Intestatportion des Pflichttheilsberechtigten reicht, die testamentarischen Erbeseinsetzungen kraftlos werden, während andere letztwillige Anordnungen, insbesondere Legate zu Gunsten Dritter, bestehen bleiben, soweit sie den Pflichttheil nicht verkürzen.

Sind aber die gesetzwidrigen Erbeseinsetzungen nichtig oder bloß inofficiös? Es giebt drei Hauptsysteme, das Nullitätssystem, das gemischte System und das Inofficiositätssystem, daneben noch Spielarten.[3]

a) Die Vertheidiger des Nullitätssystems nehmen Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen an. Sie berufen sich auf einzelne

---

7) Die Novelle 115 erwähnt diesen Enterbungsgrund nicht, weshalb ihn Viele nach ihr bei Descendenten und Ascendenten als unzulässig ansehen. Aber die Novelle hat diese Art der Enterbung überhaupt nicht berühren wollen, vielmehr nur die wegen Pflichtwidrigkeit geregelt. Die Enterbung in guter Absicht ist daher nicht beseitigt. Vgl. K. Schmidt im Archiv für civ. Praxis Bd. 54 n. 18, Schröder a. a. O. S. 354. Entsch. des O.A.G. zu Rostock Bd. 3 n. 57 S. 289.

1) R.G. Bd. 14 S. 187. Anders Wendt, Pand. S. 828, 829 a. E.

2) Dies um deswillen, weil man im Zweifel jede Zuwendung an den Pflichttheilsberechtigten als Erbeseinsetzung zu interpretiren hat, oben Bd. 3 § 152.

3) Die Litteratur über die Frage ist unerschöpflich. Vgl. über sie u. A. Francke a. a. O. S. 366, Vangerow Bd. 2 § 485.

Wendungen der Novelle, denen aber andere entgegenstehen, die zu einem anderen Resultate führen. Vorzugsweise gründen sie aber die Nichtigkeit darauf, daß die Novelle eine Form vorschreibe, und daß die Verletzung von Formvorschriften regelrecht Nichtigkeit im Gefolge habe. Diese Argumentation ist unzutreffend. Es handelt sich keineswegs um eine Form der Willenserklärung, für welche jene Regel aufgestellt ist, sondern um eine besondere Art der Willensbestimmung, also um eine s. g. Rechtsform.

Die Anhänger dieses Systems sind nur konsequent, wenn sie absolute Nichtigkeit annehmen.[4] Diese müßte jedem Interessenten zu Gute kommen, insbesondere, wenn der Pflichttheilsberechtigte vor dem Testator stürbe oder verzichtete, auch dem entferntesten Intestaterben.[5] Das wäre aber gewiß ein höchst verkehrtes Resultat, ein unerträglicher Rückschritt.

Daher entschieden sich Viele für beschränkte Nichtigkeit, welche nach Einigen eintritt, wenn der Notherbe den Testator überlebt,[6] nach Anderen, wenn er erklärt, von seinem Rechte Gebrauch zu machen,[7] und nach einer dritten Ansicht überhaupt nur zu Gunsten des Notherben.[8]

Alle diese Auffassungen sind ohne positive Unterlage; sie sind gleich willkürlich.

b) Nach dem gemischten Systeme soll Nichtigkeit eintreten, wenn das Testament keinen Enterbungsgrund anführt, denn dann sei die Form verletzt, Inofficiosität und Querel dagegen, wenn der Enterbungsgrund angeführt, die Form also gewahrt sei, und nur die Richtigkeit des Grundes bestritten werde.[9]

Auch für diese Distinktion giebt die Novelle keinen Anhalt.

c) Das Inofficiositätssystem endlich betrachtet die Nichtachtung der Vorschrift der Novelle 115 als Pflichtwidrigkeit und ge-

---

4) Das Nullitätssystem wurde schon von Martinus vertheidigt. Dem absoluten Nullitätssystem huldigen unter den Neueren Bangerow Bd. 2 § 485 S. 293, Schmidt a. a. O. S. 176. — Nichtigkeit nimmt auch an R.G. Bd. 11 S. 232.

5) Die Klage der Novelle wäre also die gewöhnliche hereditatis petitio ab intestato. Sie ginge gegen Jeden, welcher Nachlaßsachen pro herede oder pro possessore besitzt, also keineswegs bloß gegen den Testamentserben. Sie vererbte sich unbedingt und könnte erst in 30 Jahren verjähren.

6) Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 255.

7) Francke a. a. O. S. 382.

8) Arndts § 599.

9) Das gemischte System billigte die Glosse, es herrschte lange in der Praxis, neuerdings hat es noch Puchta, Pand. § 493 vertreten.

währt daher die Querel.[10] Dies System allein ist in Harmonie mit der Novelle. Denn diese will das Pflichttheilsrecht verstärken und betrachtet die Nichthonorirung des Notherben durch Erbeseinsetzung als Beleidigung. Die solchen Beleidigungen entgegentretende Klage ist die Querel. Auch von Rescission des Testamentes ist in der Novelle die Rede, was nur zur Querel paßt.

Die Querel ist auch das zweckmäßigere Rechtsmittel. Daß sie nur dem Pflichttheilsberechtigten zusteht, höchstpersönlich und kurz verjährbar ist, namentlich aber, daß sie nur gegen den Testamentserben geht, dies Alles entspricht dem Wesen des Verhältnisses.

§ 155. 7. Partielle Verletzung des Pflichttheiles.

1. Der Notherbe, welcher nur im Betrage seines Pflichttheiles verkürzt ist, hat die Ergänzungsklage — actio ad supplendam legitimam.[1]

Diese Klage ist nicht auf den Gedanken einer Beleidigung gegründet. Sie ist also nicht höchstpersönlich, vielmehr unbedingt vererblich und wird nicht durch Anerkennung des Testaments seitens des Pflichttheilsberechtigten beseitigt. Wer mit ihr unterliegt, gilt nicht als unwürdig, etwas aus dem Testamente zu empfangen, behält also, was ihm hinterlassen ist.

Die Klage geht gegen die Testamentserben. Sind dieselben selbst pflichttheilsberechtigt, so haben sie nur insoweit beizutragen, als ihnen etwas über ihre Intestatportion zugewendet ist.[2]

2. Der Pflichttheil ist lastenfrei zu hinterlassen.

Beschränkungen, insbesondere Bedingungen, Auflagen, Nachvermächtnisse sind, soweit sie den Pflichttheil belasten, wie nicht geschrieben, nichtig.[3]

Zulässig ist die s. g. cautela Socini,[4] wonach dem Pflichttheilsberechtigten etwas über den Betrag seines Pflichttheiles zugewendet

---

10) Das Inofficiositätssystem wurde von Donellus und Cujacius angenommen. Für dasselbe ist neuerdings Brinz Bd. 3 S. 107 und Windscheid Bd. 3 § 591.

1) § 3 J. h. t. 2, 18, l. 30 pr., l. 36 pr. § 1 b C. h. t. 3, 28.

2) Francke a. a. O. S. 334, dagegen Arndts § 596 Anm. 2 will die Klage auch gegen Notherben zugestehen, welche mehr als ihren Pflichttheil erhielten.

3) l. 32 C. h. t. 3, 28. Es gilt dies auch für die einer Erbeseinsetzung zuwider der Novelle 115 pflichtwidrig zugefügte Bedingung. R.G. Bd. 17 S. 327.

4) Die Klausel wird nach dem italienischen Juristen Marianus Socinus dem Jüngeren aus Siena, gest. 1556, genannt, welcher einer ihrer Vertheidiger war. Vgl. über die Klausel Schröder a. a. O. S. 377.

wird, unter der Bedingung, daß er sich eine die ganze Zuwendung betreffende Beschränkung gefallen läßt.

§ 156. 8. Das Pflichttheilsrecht und die Geschäfte unter Lebenden.[1]

Der Pflichttheil darf nicht durch Geschäfte von Todeswegen angetastet werden.[2] Dagegen ist der künftige Erblasser in seinen *Geschäften unter Lebenden* durch die Rücksicht auf seine Pflichttheilserben *nicht behindert*.

Dies ließ sich aber nicht uneingeschränkt festhalten, da sonst der Erblasser durch Schenkungen unter Lebenden, sowie durch Dosbestellungen den Anspruch der Pflichttheilsberechtigten illusorisch machen konnte. Daher schuf man die querella inofficiosae donationis und dotis.

Es ist bestritten ob diese Klagen die fraudulose Absicht der Verkürzung des Pflichttheiles voraussetzen, oder ob jede objektive Verkürzung des Pflichttheiles genügt.

Für das letztere scheint zu sprechen, daß auch für die querella inofficiosi testamenti schließlich nur die objektive Verletzung das Maßgebende war, und daß unsere Rechtsmittel der Querel analog gebildet sind.

Aber die Analogie ist keine durchgreifende. Bei unseren Rechtsmitteln handelt es sich um etwas Außerordentliches, einen Uebergriff über das eigentliche Gebiet des Pflichttheilsrechtes hinaus, gleichsam um eine Nothwehr des Rechtes gegen dolose Umgehungen.[3]

---

1) Tit. Cod. de inoff. don. 3, 29, de inoff. dot. 3, 30. Breidenbach, z. L. v. d. Rescission pflichtwidriger Schenkungen im Archiv f. civ. Praxis Bd. 27 n. 14, Bd. 28 n. 2; Fitting ebendaselbst Bd. 50 n. 4; Stammler, z. L. v. d. querella inofficiosae donationis im Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft n. F. Bd. 8 S. 192; vgl. ferner die bei Arndts § 597 Anm. 1 citirten Schriftsteller.

2) Zu den Verfügungen von Todeswegen gehören auch in dieser Hinsicht die Schenkungen auf den Todesfall. Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 50 n. 4.

3) In diesem Sinne ist das Rechtsmittel geschaffen l. 87 § 3 D. de leg. II. Imperator Alexander Augustus Claudiano Juliano praefecto urbi: Si liquet tibi Juliane carissime aviam intervertendae inofficiosi querellae patrimonium suum donationibus in nepotem factis exinanisse, ratio deposcit id quod donatum est pro dimidia parte revocari. Ebenso l. 1 C. h. t. 3, 29: „si mater vestra ad deludendam querellam paene universas facultates suas . . exhausit". l. 8 C. eod.: „si liqueat matrem tuam intervertendae quaestionis inofficiosi causa patrimonium exhausisse". Vat. fragmenta § 270. Wenn in anderen Stellen der dolosen Absicht nicht besonders gedacht ist, so ist dies sicherlich kein Widerspruch. Es handelt sich um Reskripte, welche die Lehre nicht erschöpfen sollten, vielmehr im gegebenen Falle streitige Punkte erledigten. Anderer Ansicht freilich Bangerow Bd. 2 § 482 S. 279, Windscheid Bd. 3 § 586 Anm. 10. Für die hier vertretene Ansicht sind Brinz Bd. 3 § 405 Anm. 45, Schröder a. a. O. S. 515. Gewiß ist auch von Gewicht, daß die actio Faviana und Calvisiana, welche das Pflichttheilsrecht des Patrons sichern sollten, gleichfalls Dolus des schenkenden Liberten forderten.

1. Die Voraussetzungen der querella inofficiosae donationis sind:

a) objektiv eine Schmälerung des Pflichttheiles, wie er sich zur Zeit der Vornahme der Schenkung gestalten würde.[4] Zweifelhaft ist, wie es sich bei mehreren successiv sich folgenden Schenkungen verhalte.[5]

Es ist dann die Zeit der ersten Schenkung zu Grunde zu legen und danach die den Notherben zu reservirende Summe festzustellen. Solange sich eine Schenkung innerhalb dieses Betrages hält, ist sie gültig. Folgen andere Schenkungen oder letztwillige Anordnungen,[6] die ihn antasten, so sind sie hinfällig. Es tritt also nicht etwa Zusammenrechnung der Schenkungen und verhältnißmäßige Reduktion derselben ein.

b) Der Schenker muß dolos gegen den Pflichttheilserben gehandelt haben. Das ist nicht der Fall, wenn er auch den Pflichttheilserben entsprechend beschenkt hat.

c) Die Verletzung darf [nicht] wieder ausgeglichen sein.[7] Dies kann mittels späteren Erwerbes von Vermögen durch den Erblasser nach der Schenkung[8] oder mittels letztwilliger Zuwendung geschehen.[9]

2. Die Klage steht zu:

a) jedem verletzten Pflichttheilsberechtigten, vorausgesetzt natürlich, daß er die Verkürzung nicht durch sein Benehmen verdient hat. Ob der Erblasser mit Hinterlassung eines Testamentes verstarb oder nicht, ist für diese Klage irrelevant.

b) Sie geht nur gegen den Beschenkten und dessen Erben. Soweit der Beschenkte am Dolus keinen Theil hatte, ist er nur zur Erstattung seiner Bereicherung verbunden.[10]

Daß die Betonung der subjektiven Seite mit den allgemeinen Anschauungen der Römer übereinstimmt, wird Niemand verkennen.

4) l. 7 C. h. t. 3, 29, fragm. Vat. § 280.

5) Vgl. Windscheid Bd. 3 § 586 Anm. 6.

6) Nov. 92.

7) l. 8 § 1 C. h. t. 3, 29 fordert „consilium et eventus".

8) Natürlich gebührt dem Notherben auch von der späteren Vermehrung des Vermögens des Erblassers der Pflichttheil. Hat also ein Vater von 5 Kindern, welcher 8000 im Vermögen hat, hiervon 5000 verschenkt und später 1000 neu erworben, so ist die Verletzung nicht vollständig ausgeglichen. Die Kinder können vielmehr noch vom Beschenkten je 100 fordern. Nur wenn der Vater mindestens 2000 hinzu erwirbt, wäre die durch die Schenkung entstandene Verletzung vollständig beseitigt. — Nachträglicher Erwerb des Erblassers, welchen er vor seinem Tode wieder verliert, beseitigt die Verletzung nicht. Schröder a. a. O. S. 523.

9) Nov. 92 cap. 1.

10) Die bezüglichen Fragen sind bestritten. Manche wollen die Klage selbst gegen dritte Besitzer der geschenkten Sache zugestehen.

c) Zweck ist nicht Rescission der ganzen Schenkung, vielmehr nur Erfüllung des Pflichttheiles des Klägers.[11]

d) Entsprechend der querella inofficiosi testamenti verjährt die Klage in 5 Jahren,[12] ist subsidiär[13] und wird durch jede Anerkennung der Schenkung ausgeschlossen.[14 15]

3. Wie die pflichtwidrige Schenkung ist eine Dotirung und nach heutigem Rechte jede Aussteuer zu behandeln.

4. Der Schenker selbst ist befugt, Schenkungen wegen nachgeborener Kinder insoweit anzufechten, als deren Pflichttheil durch die Schenkung verkürzt ist. Es ist dies ein selbständiges Rechtsmittel.[16]

Sechster Abschnitt.

Der Eintritt des Erbfalles.

Erstes Kapitel.

Schutzmaßregeln zu Gunsten der Erbinteressenten.

§ 157. Eröffnung des Testamentes, Einsichtnahme desselben.[1]

1. Schwere Strafen verpflichteten in Rom Jeden, nach erlangter Kunde von dem Tode des Erblassers sofort die in seinem Besitze befindlichen Testamentsurkunden oder Kodicille desselben dem Gerichte des

11) Viele Schriftsteller vertheidigen Rescission der ganzen Schenkung mindestens auf den Betrag der Intestatportion des Klägers. So Breidenbach a. a. O. Man stützt sich hierfür auf die Analogie der querella inofficiosi testamenti, aber diese ist keine durchgreifende; ferner auf die oben Anm. 3 abgedruckte l. 87 § 3 D. de leg. II; es läßt sich auch nicht leugnen, daß diese Stelle auf einen derartigen Umfang der Rescissionsklage hindeutet, aber man hielt hieran nicht fest, wie namentlich aus l. 8 pr. C. h. t. 3, 29, l. un. C. de inoff. dot. 3, 30 und nov. 92 cap. 1 hervorgeht. Siehe Schröder a. a. O. S. 533.

12) l. 9 in fine C. h. t. 3, 29.

13) l. 4 C. h. t. 3, 29.

14) l. 6 C. h. t. 3, 29.

15) Die Behauptung, daß die querella inofficiosae donationis aktiv unvererblich sei, — z. B. von Schröder a. a. O. S. 544 — ist ungegründet. Ein Quellenzeugniß existirt für sie nicht. Der Charakter der Klage als Dolusklage führt zur Annahme der Vererblichkeit der Klage.

16) l. 5 C. h. t. 3, 29. Der Sinn dieser Stelle ist freilich sehr bestritten. Vgl. Bangerow Bd. 2 § 482 S. 280, Windscheid Bd. 3 § 586 Anm. 15. Anderer Ansicht Arndts § 587 Anm. 5.

1) Tit. Dig. testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et descri-

Ortes auszuhändigen.[2] Das Gericht hatte dann unmittelbar zur Vorladung der Teſtamentszeugen und in deren Gegenwart zur Entſiegelung und öffentlichen Verkündigung der letztwilligen Verfügung zu ſchreiten. Nach der Publikation pflegte es die Urkunde im Gerichtsarchiv zu deponiren.[3]

Das gemeine Recht kennt jene Strafen nicht mehr, und es iſt damit auch die allgemeine Regel gerichtlicher Eröffnung und Verkündigung der letztwilligen Verfügung weggefallen.

Dennoch iſt amtliche Publikation häufig. Sie hat vor Allem bezüglich gerichtlicher ſowie notarieller Teſtamente und Kodicille ſtattzufinden, welche im Depoſitum des Gerichtes oder Notars blieben, ſofern ſie der Erblaſſer nicht verboten hat; ferner, wenn der Erblaſſer beſondere Vorſorge für die Publikation traf; endlich auf Antrag eines Intereſſenten, insbeſondere des Inhabers der Urkunde, welchem an der Konſtatirung der Unverſehrtheit der Urkunde durch die amtliche Eröffnung gelegen iſt.

2. Teſtamente und Kodicille ſind zwar Eigenthum des Erben, dennoch aber in dem Sinne Gemeingut Aller, die in denſelben honorirt ſind,[4] daß dieſe ein Recht auf deren Erhaltung und zu deren Einſicht haben. Daher iſt, wer ein Intereſſe dabei zu haben meint, befugt, mit dem interdictum de tabulis exhibendis ihre Vorlegung zur Einſicht bei Gericht von deren Inhaber und namentlich auch von dem Erben ſelbſt zu fordern.[5]

Verweigert der Beklagte ungehorſamerweiſe die Einſicht, oder hat er die Urkunde dolos vernichtet oder verbracht, ſo hat er dem Kläger

---

bantur 29, 3, Cod. 6, 32. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 368; Keller, Inſtitutionen S. 287.

2) Wer das Teſtament oder Kodicill nicht vorlegte, verfiel nämlich, wenn er es dolos zurückhielt, der lex Cornelia de falsis, l. 2 D. de lege Cornelia de falsis 48, 10, Paul. sent. IV, 7 §§ 3—5.

3) Die Teſtamentszeugen, oder wenigſtens der größere Theil derſelben, waren zu laden. Sie hatten ihre Siegel anzuerkennen. Es wurde dann das Teſtament in ihrer Gegenwart eröffnet und publicirt, l. 4—12 D. h. t. 29, 3. Paul. sent. IV, 6 § 1. Genaue Vorſchriften über die Publikation enthielt die lex Julia vicesimaria de testamentis, d. h. über die Erbſchaftsſteuer von 5%.

4) l. 3 pr. D. h. t. 29, 3. Ulpianus libro 50 ad edictum: Tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis hoc est heredis sed universorum, quibus quid illic adscriptum est: quin potius publicum est instrumentum.

5) l. 1 pr. D. de tabulis exhibendis 43, 5. Ubbelohde, Interdikte bei Glück Th. 3 S. 235. Demelius, die Exhibitionspflicht S. 231 führt mit Recht aus, daß das Petitum der Vorlegung der Teſtamentsurkunde, welche der Gegner inne hat, ſchon durch die bloße Behauptung, Intereſſent zu ſein, gerechtfertigt wird, daß es hierzu alſo des „Wahrſcheinlichmachens" einer Honorirung nicht bedarf. So auch Ubbelohde, a. a. O. S. 250.

sein volles Interesse zu ersetzen, welches der Richter nach freier Ueberzeugung entsprechenden Falles auf Grund einer einseitigen eidlichen Versicherung des Klägers feststellt.[6]

§ 158. Fürsorge des Gerichtes für den Nachlaß und den Erben.

Schon in Rom gewährte der Richter dem Nachlaß und dem künftigen oder vermuthlichen Erben seinen Schutz; weit durchgreifender aber ist die richterliche Fürsorge nach gemeinem Rechte.

Dieselbe liegt vorzugsweise dem Nachlaßgerichte ob, d. h. dem Gerichte des letzten Domicils des Erblassers.

1. Gemäß deutscher Gewohnheit schreitet das Gericht zur *Beschlagnahme* des Nachlasses, insbesondere zur Versiegelung der hinterlassenen Mobilien desselben, wenn der Erbe abwesend, minderjährig oder ungewiß und streitig ist.[1]

2. Schon das römische Recht kennt die Ernennung eines *Nachlaßkurators* in Fällen, in welchen der Erbe noch nicht antrat oder streitig war. Diese Bestellung geschieht nach gemeinem Rechte in allen Fällen des Bedürfnisses, sei es auf Anzeigen von Erbschaftsgläubigern oder anderen Interessenten, sei es ohne Antrag eines Betheiligten.

In Rom hatte der Nachlaßkurator eine engere Vollmacht. Denn sie beschränkte sich auf die Obhut des Nachlasses und auf Berichtigung dringender Schulden. Gemeinrechtlich hat eine rationelle Praxis die Vollmacht des Nachlaßkurators sehr erweitert. Man pflegt ihm selbst die Veräußerung der Substanz des Nachlasses unter obrigkeitlicher Genehmigung zu verstatten.[2]

3. Es ist vielfach in Uebung, daß das Nachlaßgericht dem, welcher wie gerichtsbekannt, der nächste Intestaterbe ist, eine *Erbbescheinigung* ausstellt. Dieselbe ermächtigt namentlich zu Verfügungen beim Grundbuch über die auf den Namen des Erblassers stehenden Sachen und Rechte.[3]

---

6) In Rom hatte der Kläger ein Recht auf jusjurandum in litem. Ueber das heutige Recht vgl. oben Bd. 2 § 45 Anm. 14.

1) Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 363.

2) Siehe oben Bd. 3 § 41.

3) Das Gesetz vom 12. März 1869 hat die Erbbescheinigungen für die gesammte preußische Monarchie geregelt, vgl. mein preuß. P.R. Bd. 3 § 228.

§ 159. Gerichtliche Einweisung. Possessorische Erbschaftsklagen.

Der Erbe darf sich eigenmächtig in den Besitz des Nachlasses setzen, solange derselbe noch offen liegt, also namentlich noch nicht in den Besitz Dritter gelangte, oder gerichtlich mit Beschlag belegt ist.

Häufig aber ist obrigkeitliche Vermittelung zum Besitzerwerb für den Erben nöthig oder doch rathsam. Und zwar finden sich zwei Arten richterlicher Hülfe:

a) *Einweisung* in den Nachlaßbesitz durch das Nachlaßgericht auf einseitigen Vortrag in außerprozessualischer Weise.

Solchergestalt wird namentlich verfahren, wenn der Nachlaß gerichtlich mit Beschlag belegt oder im Besitze eines Nachlaßkurators ist, oder von einem Dritten, z. B. einer Bank, verwahrt wird, welche nur dem gerichtlich eingewiesenen Erben das Verwahrte zu erstatten bereit ist.

Derartige Einweisungen geschahen in Rom durch eine missio des Prätors oder auch durch Erwerbung gewisser Arten der bonorum possessio, welche nicht, wie die regelrechte b. possessio, prätorisches Erbrecht, sondern bloßen Erbschaftsbesitz gewährten.

b) Ist bereits ein Erbprätendent — pro herede — oder ein Okkupant — pro possessore — im Besitze des Nachlasses, so bedarf es für den Erben der *Klage*, um ihm den Besitz zu entwinden.

Hierfür steht ihm aber nicht bloß die hereditatis petitio offen, welche erschöpfenden Beweis des Erbrechtes des Klägers erfordert, vielmehr kommen ihm *possessorische Rechtsmittel* zu Gute, welche ihm in summarischer Weise den Nachlaßbesitz verschaffen, also apiscendae possessionis sind. Man bezeichnet die possessorische Klage als interdictum quorum bonorum. Zwar ist sie mit dem römischen Interdikte dieses Namens nicht identisch, da dieses vorgängige gerichtliche Agnition einer bonorum possessio forderte, von der hier nicht die Rede ist; dennoch besteht eine gewisse dogmatische Verwandtschaft, und eine historische Anlehnung, welche die Bezeichnung rechtfertigt.[1]

---

1) Man streitet darüber, ob das interdictum quorum bonorum im justinianischen Rechte ein „summarisches Rechtsmittel" war. Dies verneint Savigny in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. Bd. 6 n. 1, Bd. 6 n. 3. Dagegen hat sich Bangerow Bd. 2 § 509 für die Bejahung erklärt. Ganz entschieden wird das Interdikt im codex Theodosianus als ein auch in den Prozeßformen summarisches Rechtsmittel behandelt, l. un. § 2 C. Theod. 4, 21, l. 22 C. Theod. quorum appellationes non recipiantur 11, 36. Indem Justinian die erstere Verordnung als l. 3 C. quorum bonorum 8, 2 in seine Kompilation aufnahm, hat er den summarischen Charakter des Interdikts anerkannt, vgl. jedoch Schmidt, Interdiktenverfahren S. 321. Wie

Die Fälle der Einweisung und des Interdiktes führen darauf zurück, daß der Implorant entweder *vermuthlicher* Erbe ist, oder ein *Anrecht* darauf hat, *künftiger* Erbe zu werden.

1. Um vermuthliches Erbrecht handelt es sich in folgenden Fällen:

a) Wer in einem *äußerlich fehlerfreien Testamente* zum Erben ernannt ist, erhält Einweisung in den Nachlaß durch s. g. missio ex lege ultima de edicto divi Hadriani tollendo,[2] wie auch eine possessorische Klage gegen etwaige Erbschaftsbesitzer pro herede oder pro possessore.

Illiquide Einreden werden in diesem Verfahren nicht beachtet. Der Gegner muß daher die bezüglichen Einwendungen gegen das Testament mittels Erhebung der Erbschaftsklage geltend machen, wenn er den Besitz zurückerlangen will.

b) Wer ein Verhältniß darlegt, welches ihn als *Intestaterben* des Erblassers erscheinen läßt, insbesondere Verwandtschaft oder Ehe, erhält gleichfalls nach der Praxis Einweisung und possessorische Klage. Illiquide Einwendungen kommen auch hier nicht in Betracht.

c) Das edictum Carbonianum verstattet dem *Unmündigen*, welcher als *Kind des Erblassers* dessen Erbschaft in Anspruch nimmt, wenn diese Eigenschaft bestritten und nicht offenbar unbegründet ist, die *Aussetzung des Erbschaftsprozesses* bis zu seiner Mündigkeit zu fordern und inzwischen bonorum possessio zu agnosciren,[3] welche ihm, wenn er Kaution leistet, die Erbenstellung interimistisch gewährt[4] und Unterhalt aus der Erbschaft verschafft.[5]

---

dem aber auch sei, jedenfalls hat man seit dem Mittelalter das interdictum quorum bonorum als summarisches und interimistisches Rechtsmittel aufgefaßt und hiernach possessorische Erbschaftsklagen ausgebildet. Das Summarische besteht aber nicht in einer besonderen Weise des prozessualischen Verfahrens, auch nicht darin, daß die der Klage zu Grunde liegenden Thatsachen statt *bewiesen*, bloß *bescheinigt* werden müssen. Zweifelsohne kennt das Prozeßverfahren der C.P.O. keinen summarischen Prozeß von solcher Art. Das Summarische bezieht sich vielmehr nur darauf, daß der Prozeßstoff vermindert wird, daß es genügt, Thatsachen vorzubringen und zu beweisen, welche den Kläger prima facie als den Erben erscheinen lassen, während illiquide Behauptungen des Beklagten in diesem Verfahren nicht verhandelt werden. So faßte schon vor der C.P.O. Briegleb, summarische Prozesse S. 208 die Summarietät des interdictum quorum bonorum auf. A. Ansicht vertheidigt Ubbelohde, Interdikte bei Glück Th. 3 S. 122 ff.

2) l. 3 C. de edicto divi Hadriani tollendo et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur 6, 33. Vgl. Paulus sent. III, 5 §§ 14 ff., Löhr in Lindes Zeitschrift Bd. 6 n. 9. Wer ein jüngeres fehlerfreies Testament vorlegen kann, geht natürlich vor.

3) Tit. Dig. de Carboniano edicto 37, 10, Cod. 6, 17, Leist bei Glück, Bücher 37 und 38 Bd. 4 S. 67.

4) l. 15 D. h. t. 37, 10.

5) l. 5 § 3 D. h. t. 37, 10.

Die gemeinrechtliche Geltung ist höchst problematisch.[6]

2. Einweisungen zu Gunsten *erwarteter Erben* sind folgende:

a) die bonorum possessio furiosi nomine.

Der *ständig Geisteskranke* erwirbt zwar als Hauskind die Erbschaft seines Hausvaters nothwendigerweise, als freiwilliger Erbe kann er aber angetragene Erbschaften nicht erwerben.[7] Denn ihm fehlt zum Antritt die natürliche Fähigkeit, und seinem Vormunde wurde die Legitimation nicht zugestanden, ihn hierbei zu vertreten. Dagegen erwirbt er durch gerichtliche Erklärung seines Vormundes eine bonorum possessio,[8] durch welche er interimistisch die Stellung eines Erben[9] und das Recht auf Bezug von Alimenten erlangt.[10]

Wird er gesund, so steht ihm der Erwerb der Erbschaft oder deren Ablehnung frei.[11]

Stirbt er während der Geisteskrankheit, so geht die Erbschaft, da er sie trotz der Agnition der bloß provisorischen bonorum possessio nicht erworben hat, *nicht auf seine Erben* über. Es tritt vielmehr successive Berufung der anderweiten *Erben seines Erblassers* ein, wobei, allgemeinen Grundsätzen entsprechend, die Zeit des Todes des Geisteskranken, also der neuen Berufung maßgebend ist.[12]

---

6) Ein Hauptgesichtspunkt bei der „causae cognitio" des Prätors, welche der Ertheilung der bonorum possessio Carboniana vorauszugehen hat, war — l. 3 § 5 D. h. t. 37, 10 — „an expediat pupillo repraesentari cognitionem an potius differri in tempus pubertatis." Nach den heutigen Verhältnissen wird die Frage stets zu verneinen sein. Denn es macht für den Ausgang des Prozesses nicht den geringsten Unterschied, ob das angebliche Kind noch unmündig ist, oder 14, beziehungsweise 12 Jahre überschritten hat. Das mündig gewordene Kind ist nach deutschen Verhältnissen nicht in der Lage, besser als sein Vormund die Beweise für seine Legitimität zu sammeln oder nachdrücklicher auf Richter zu wirken. Es ist nicht die Rede davon, daß es einen deutschen Richter durch sein persönliches Erscheinen oder gar durch seine Deklamationen zu seinen Gunsten stimmt, wie dies beim römischen Geschworenen der Fall war. Ein Fall der Anwendung der bonorum possessio Carboniana in Deutschland ist daher nicht bekannt, wenn sie auch bei den Schriftstellern, als dem gemeinen Rechte angehörend, fortgeführt wird.

7) Vgl. unten § 161.

8) l. 7 C. de curatore furiosi 5, 70. Tit. Dig. bonorum poss. furioso 37, 3.

9) Dies, ohne daß er Kaution leisten muß.

10 Hat jedoch der Geisteskranke eigenes Vermögen, so soll ihn der Kurator zunächst aus diesem erhalten, l. 51 pr. D. de her. pet. 5, 3.

11) l. 7 § 8 C. de cur. fur. 5, 70.

12) Die l. 7 § 8 C. h. t. 5, 70 besagt: Sin autem in furore diem suum obierit vel in suam sanitatem perveniens eam repudiaverit, si quidem successio est, ad eos referatur, volentes tamen, id est vel ad substitutum vel ab intestato heredes vel ad nostrum aerarium: eo scilicet observando, ut hi veniant ad successionem, qui mortis tempore furiosi propinquiores existant ei ad cujus bona vocabantur, si non in medio erat furiosus. Warum gedenkt die Verordnung nicht außer den Substituten und dem Fiskus der *Miterben der Geisteskranken*, denen durch Akkrescenz dessen vakant werdende Portion zukommen müßte?

b) Der bedingt eingesetzte Testamentserbe konnte in Rom während des Obschwebens der Bedingung eine interimistische bonorum possessio secundum tabulas erlangen.

Dies ist, wie oben ausgeführt wurde, nicht in gemeinrechtlichem Gebrauche.[13]

Aehnliche Zwecke, wie die bisher besprochenen Missionen, verfolgt die missio ventris nomine.[14]

Wenn sich nämlich zur Zeit des Todes des Erblassers ein Kind desselben im Mutterleibe befindet, das — möglicherweise — im Falle der Geburt Erbe wird, so kann die Mutter in der Zwischenzeit für die Dauer ihrer Schwangerschaft Alimente verlangen und sich zu diesem Zwecke in die vakante Erbschaft einweisen lassen. Die Mutter eines fremden Kindes, das zum Erben eingesetzt ist, erhält ein entsprechendes Recht nur dann, wenn sie sich anderweit nicht ernähren könnte.

Diese Mission wird nicht dem künftigen Erben, also dem Kinde ertheilt,[15] sondern der Mutter. Sie geschieht nicht zur Sicherung eines Erbrechtes, sondern zur Erhaltung von Mutter und Kind.

Die Alimentation der Schwangeren gilt als eine Erbschaftsschuld.[16] Rückerstattung kann, falls nicht Betrug im Spiele ist, selbst dann nicht beansprucht werden, wenn der erwartete Erbe nicht geboren wird. Zur Feststellung und Auszahlung der Alimente wird ein curator ventris ernannt.

Da trotz der Einweisung der Mutter die Erbschaft ruhend ist, so ist außerdem ein curator bonorum im Interesse der künftigen Erben und der Erbschaftsgläubiger zu bestellen. Schon in Rom wurde in der Regel dieselbe Person zum curator ventris und bonorum ernannt, und dies dürfte heutzutage ausnahmslos der Fall sein.[17]

Die herrschende Ansicht sieht hierin ein Versehen der Redaktion, eine Lücke, die aus dem Grundgedanken der Verordnung zu ergänzen ist. Besondere Absicht wollte hierin Vangerow finden im Archiv für civ. Praxis Bd. 30 n. 1. Danach suchte er das Princip, von welchem Justinian ausgeht, in anderer Weise zu bestimmen, als die herrschende Ansicht thut. Dagegen erklärten sich mit Recht: Fritz in Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 4 n. 5 und Löhr ebendaselbst n. 7.

13) Oben Bd. 3 § 82 Anm. 5 und 6.

14) Tit. Dig. de ventre in possessionem mittendo et curatore ejus 37, 9. Dernburg, Pfandrecht Bd. 1 S. 405. Leist bei Glück, Bücher 37 und 38 Bd. 4 S. 1.

15) Andere z. B. Bachofen, Pfandrecht Bd. 1 S. 232 nehmen dagegen an, daß der noch ungeborene Erbe den vorläufigen Erbschaftsbesitz erhalte.

16) l. 9 D. h. t. 37, 9.

17) l. 1 § 18 D. h. t. 37, 9.

Zweites Kapitel.

Der Erwerb der Erbſchaft.

§ 160. Ueberſicht. Geſchichtliches.

Zur Zeit der klaſſiſchen Juriſten war die Weiſe des Erbſchaftserwerbes je nach der Rechtslage ſehr verſchieden. Es beruhte vor Allem der Erwerb der hereditas und der bonorum possessio auf verſchiedenen Grundſätzen.

1. Bezüglich des Erwerbes der hereditas war wieder zu unterſcheiden:

a) Erwerb durch Erben, die nicht in der Gewalt des Erblaſſers ſtanden — heredes extranei oder voluntarii.

Er geſchah durch Willensentſchluß, und zwar in der Regel formlos und zu beliebiger Zeit.

Häufig jedoch ſchrieb der Erblaſſer eine cretio vor, d. h. eine förmliche wörtliche Erklärung über den Antritt, welche innerhalb gewiſſer Friſt abzugeben war.

Die Friſt betrug herkömmlich 100 Tage. Sie lief meiſt von dem Augenblicke an, in dem der Erbe Kenntniß von ſeiner Berufung erhielt, — cretio vulgaris. Aber ſie konnte auch unmittelbar vom Todestage des Erblaſſers an geſetzt ſein — cretio continua. Dies geſchah natürlich nicht leicht, wenn nicht Gefahr im Verzuge war.[1]

Die chriſtliche Kaiſerzeit hat die cretio beſeitigt.[2]

b) Die Hauskinder beerbten ihren Hausvater nach Civilrecht ohne Willensentſchluß. Doch konnten ſie ſich nach prätoriſchem Rechte von der väterlichen Erbſchaft mittels jus abstinendi losmachen, wenn ſie ſich nicht freiwillig eingemiſcht hatten.

Hiernach wurde auch den Hauskindern die Erbenſtellung definitiv nur durch ihren Willensentſchluß zu Theil.

c) Die mit der Freiheit eingeſetzten Sklaven des Erblaſſers —

---

1) Gajus Inst. II §§ 164 ff. Nur von der cretio vulgaris handelt Ulpian fragm. XXII §§ 27 und 28. Cretio est certorum dierum spatium, quod datur instituto heredi ad deliberandum utrum expediat ei adire hereditatem necne, velut: „Titius heres esto cernitoque in diebus centum proximis, quibis scieris poterisque: nisi ita creveris exheres esto.“ Cernere est verba cretionis dicere ad hunc modum: „Quod me Maevius heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque.“

2) l. 17 C. de jure deliberandi 6, 30.

die necessarii — wurden auch nach prätorischem Rechte wider ihren Willen Erben.

Nur konnten sie in Folge des prätorischen beneficium separationis ihr nicht aus der Erbschaft stammendes Vermögen dem Zugriffe der Erbschaftsgläubiger entziehen.[3]

2. Die bonorum possessio wurde stets nur durch einen gerichtlichen Akt erworben. Das galt auch für Hauskinder und testamentarisch freigelassene Hausssklaven.

Der Erwerb war an die Frist von 100 Tagen, bei Descendenten und Ascendenten des Erblassers an die Frist eines Jahres von der Berufung ab gebunden.[4]

Noch im justinianischen Rechte bestand die Verschiedenheit des Erwerbes von hereditas und bonorum possessio.

Aber im gemeinen Rechte ist die bonorum possessio, soweit sie Erbrecht begründete, in der hereditas aufgegangen.[5] Ihr Erwerb vollzieht sich daher ausschließlich nach den Grundsätzen der hereditas. Dies gilt z. B. auch für das Erbrecht des überlebenden Ehegatten, welches nur in der bonorum possessio wurzelt. Zu unterscheiden ist also gemeinrechtlich nur noch:

a) Erwerb durch fremde Erben,

b) Erwerb durch die Hauskinder des Erblassers.

A. Erwerb durch fremde Erben.

§ 161. Voraussetzungen und Form des Antrittes und der Ablehnung.[1]

Fremde, d. h. der väterlichen Gewalt des Erblassers zur Zeit seines Todes nicht unterstehende Personen, erwerben die angetretene Erbschaft nur durch Willensentschluß.

Der Entschluß des Antrittes der Erbschaft, wie seiner Ablehnung — der Repudiation — ist ein schwerwiegender. Dies war im vorjustinianischen Rechte in ganz besonderem Maße um deswillen der Fall, weil

---

3) Gajus Inst. II §§ 154 und 155.

4) Oben Bd. 3 § 62 Anm. 10.

5) Arndts § 508 Anm. 1 und dort citirte Schriftsteller.

1) Tit. Dig. de a. vel o. her. 29, 2. Cod. de jure deliberandi 6, 30, de repudianda vel abstinenda hereditate 6, 31.

damals der Erbe unausweichlich, wenn er angetreten hatte, für die Erbschaftsschulden auch über den Betrag der Erbschaftsaktiven hinaus mit dem eigenen Vermögen einstand.

Ist die Erklärung über den Antritt oder die Ablehnung einmal rechtsgültig erfolgt, so ist sie auch definitiv. Eine Aenderung des Entschlusses ist unwirksam.[2]

1. Deshalb suchte die Jurisprudenz übereilte Erklärungen auszuschließen. Daher ist Voraussetzung gültiger Erklärung über Annahme oder Ablehnung:

a) Die Berufung muß bereits erfolgt sein.[3] Es ist z. B. eine Erklärung, während die Bedingung der Berufung noch schwebt, unverbindlich.[4]

b) Ferner muß der Erklärende eine vollständige und genaue Kenntniß der Delation und ihres Grundes haben. Zweifel, insbesondere über den Tod des Erblassers, die Echtheit des Testamentes, den Eintritt der Bedingung, an welche die Erbeseinsetzung geknüpft ist, machen die Erklärung nichtig.[5 6]

---

2) l. 8 C. h. t. 6, 21. Irrthum in den Motiven ist ohne Einfluß, namentlich bezüglich der Solvenz der Erbschaft, Irrthum bezüglich der Identität der Erbschaft macht die Erklärung nichtig. Betrug giebt eine actio und exceptio doli gegen den Betrüger, insbesondere den zum Antritt verlockenden Erbschaftsgläubiger, l. 40 D. de dolo 4, 3. Zwang macht die Erklärung nicht nichtig, wohl aber anfechtbar, l. 21 § 5 D. quod metus causa 4, 2, l. 85 D. h. t. 29, 2. Ueber l. 6 § 7 D. h. t. vgl. oben Bd. 1 § 103 Anm. 23.

3) l. 21 § 2 D. h. t. 29, 2, l. 13 pr. D. eod.

4) Manche wollen die Vorschrift der l. 9 C. qui admitti 6, 9, wonach man „intra alienam vicem" bereits die bonorum possessio agnosciren durfte, auf die Erbantretung übertragen, so Windscheid Bd. 3 § 597 Anm. 2. Dies halte ich nicht für richtig. Das ganze System der Agnoscirung der bonorum possessio ist antiquirt, damit sind es auch dessen Singularitäten, wozu die gedachte Vorschrift sicherlich gehört. Vgl. auch Arndts § 507 Anm. 2.

5) Diese Sätze sind freilich zweischneidig. Sie sind ein Schutz des Berufenen, dessen Erklärung nur gilt, wenn er die Rechtslage klar übersieht. Aber sie machen, wenn zu sehr ausgebeutet, die Erklärung über Antritt und Repudiation und damit einen für weite Kreise wichtigen Rechtszustand unsicher. Daher finden sich auch bei den römischen Juristen manche Streitfragen. Hierher gehörige Entscheidungen sind l. 15, l. 19, l. 32, l. 34 D. h. t., vgl. ferner die bei Köppen, Lehrbuch S. 111 ff. Citirten.

6) Was Irrthum oder Zweifel über die Größe der angetragenen Erbportion anlangt, so waren die römischen Juristen getheilter Ansicht und es sind dies auch die Neueren. Wer glaubte, er sei als heres ex asse berufen, ist es aber nur pro parte, hat keine rechtsverbindliche Antrittserklärung abgegeben. Denn mit Miterben zu thun zu bekommen, ist eine wohl zu überlegende Sache. Hiervon abgesehen ist Irrthum oder gar Zweifel über die Größe der Erbportion nicht relevant. Vgl. freilich l. 75 D. h. t., andererseits l. 21 § 3 D. eod., l. 5 § 1 D. si pars hered. 5, 4. Siehe Bangerow Bd. 2 § 498 Anm. 1, dagegen Köppen, Lehrbuch S. 114.

2. In Rom war Erklärung des Berufenen selbst in Person erfordert.[7]

a) Dies galt auch für Willensunfähige. Hieraus ergaben sich große Härten, denen man nur theilweise zu begegnen wußte. Unmündige, welche die Jahre der Kindheit hinter sich hatten, konnten persönlich unter Autorität ihrer Tutoren antreten, mündige Minderjährige unter Konsens ihrer Kuratoren. Kinder bis zum vollendeten siebenten Jahre konnten nicht erwerben. Erst im späteren römischen Rechte wurde ihrem Vormunde und ihrem Vater das Recht gegeben, für sie Erbschaften anzutreten.[8]

Letzteres gilt gemeinrechtlich für alle Minderjährigen.

Verschwendern gestattete man, persönlich Erbschaften anzutreten.[9]

Bei Geisteskranken gab es dagegen während der Geisteskrankheit keine Möglichkeit des Erbschaftserwerbes. So blieb es auch im jüngsten Rechte. Ihr Kurator kann nur eine interimistische bonorum possessio für sie erwerben.[10]

b) Durchaus unzulässig war in Rom Erwerb oder Repudiation der Erbschaft durch willkürliche Stellvertreter des Berufenen.

Heutzutage ist aber in Folge der allgemeinen Zulassung von Stellvertretern auf dem Gebiete des Vermögensrechtes Antritt und Ausschlagung der Erbschaft durch Bevollmächtigte zulässig.[11]

3. Die Erklärung muß der Berufung entsprechen.

Erwerb eines Theiles der angetretenen Erbschaft gilt als Erwerb des Ganzen.[12]

---

7) l. 90 pr. D. h. t. 29, 2. Paulus libro 12 responsorum: Respondit per curatorem hereditatem adquiri non posse.

8) l. 8 D. h. t. 29, 2, l. 2 § 13 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17, l. 67 § 3 D. ad S. C. Trebell. 36, 1, l. 18 §§ 1 und 3 C. de jure deliberandi 6, 30, l. 26 C. de adm. tut. 5, 37.

9) l. 5 § 1 D. h. t. 29, 2. Ulpianus libro 1 ad Sabinum: Eum cui lege bonis interdicitur institutum posse adire hereditatem.

10) l. 63 D. h. t. 29, 3, l. 7 C. de cur. furiosi 5, 70, oben Bd. 3 § 159 Anm. 12.

11) Die Frage der Erbantretung durch Stellvertreter ist bestritten, vgl. Bernhöft, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft Bd. 3 S. 443. Viele behaupten namentlich, daß eine Generalvollmacht nicht genüge, z. B. Windscheid Bd. 3 § 596 Anm. 12, Bernhöft a. a. O. S. 467. Soll dies so viel heißen, wie die Bezugnahme auf l. 25 § 5 D. h. t. 29, 2 zu ergeben scheint, daß eine allgemeine Vollmacht, künftig anfallende Erbschaften zu erwerben oder auszuschlagen, ohne Geltung sei, so erachte ich dies für unrichtig. Dagegen wird man aus einer einfachen Generalvollmacht die Ermächtigung zum Antritt von Erbschaften allerdings nicht leicht entnehmen können. Es ist dies aber Frage der Interpretation der Vollmacht.

12) l. 10 D. h. t. 29, 2.

Erklärungen unter Vorbehalten und Bedingungen sind nichtig.[13]

4. Die Erklärung selbst ist formlos. Der Erbschaftsantritt kann daher geschehen:

a) ausdrücklich durch Worte;[14] natürlich müssen dieselben an die Außenwelt gerichtet sein, z. B. an das Gericht, an einen Erbschaftsgläubiger oder Erbschaftsschuldner;

b) indirekt durch Handlungen, welche den Schluß ergeben, daß der Handelnde Erbe sein wolle — pro herede gerere.[15]

Es gehört hierher namentlich die Verwaltung und Benutzung sowie Veräußerung von Nachlaßobjekten, und selbst von Objekten, die der Berufene irrthümlich für Nachlaßsachen hält,[16] ferner Einziehung von Erbschaftsausständen, Zahlung von Erbschaftsschulden.

Handlungen, in denen sich in der Regel der Wille, Erbe zu sein, ausspricht, können freilich in concreto aus einer anderen Absicht hervorgegangen sein, z. B. die Zahlung von Erbschaftsschulden aus Pietät gegen den Erblasser, die Verwaltung der Nachlaßobjekte durch den Instituten im Interesse des Substituten, zu dessen Gunsten der Institut verzichten will. Eine derartige besondere Absicht hat der Berufene aber darzuthun. Reservation vor der Inangriffnahme von Handlungen, aus denen der Erbschaftsantritt gewöhnlich geschlossen wird, ist daher räthlich.[17]

§ 162. Fortsetzung. Mehrfache Berufung desselben Erben.

Der Erwerb der Erbschaft durch den Berufenen verwirklicht die Intention des Erblassers, wahrt dessen Vermögen und liegt im Interesse der Erbschaftsgläubiger. Deshalb ist der Erwerb der Erbschaft begünstigt, nicht aber die Ausschlagung derselben.

Dies hat namentlich auf Rechtssätze bei mehrfachen Berufungen eingewirkt.

1. Stehen derselben Person mehrere successive Berufungen offen, z. B. der nächste Intestaterbe ist im Testamente zum Erben eingesetzt,

---

13) l. 51 § 2 D. h. t. 29, 2.

14) § 7 I. de heredum qualitate 2, 19. Den Erbschaftsantritt durch mündliche Erklärung bezeichnen Viele als hereditatis aditio im engeren Sinne.

15) l. 20, l. 21 pr. D. h. t. 29, 2, l. 24, l. 86 § 2, l. 87 D. eod., l. 4, l. 5 C. de jure deliberandi 6, 30. R.G. Bd. 6 S. 143.

16) l. 21 § 1 D. h. t. 29, 2.

17) l. 20 § 1 D. h. t. 29, 2.

so ist sie berechtigt, trotzdem sie die zunächst an sie ergangene Berufung ausgeschlagen hat, aus der später an sie ergehenden die Erbschaft zu erwerben.[1] [2]

2. Streitfragen bestehen für den Fall, daß dieselbe Person zu verschiedenen Portionen derselben Erbschaft berufen ist.

a) Sind verschiedene Portionen bereits zu der Zeit, in welcher sich der Berufene über den Antritt erklärt, deferirt, so kann derselbe nur alle zusammen annehmen oder alle ausschlagen.[3]

b) Wer eine Erbportion erworben hat, erwirbt andere, ihm später deferirte Portionen von selbst, ohne Wissen und Wollen. Seine Antrittserklärung wird also auf alle später deferirten Portionen mit bezogen. Aber deferirt müssen sie ihm noch werden, der Erbe muß daher den Zeitpunkt der Delation der späteren Portion erleben.[4]

c) Viele nehmen mit Unrecht an, daß analog der Erbe, welcher eine ihm deferirte Portion ausgeschlagen hat, damit auch alle

---

1) Gerade dies machte das Edikt „si quis omissa causa" vorzugsweise nöthig. Vgl. l. 1 § 5, l. 1 § 8, l. 29 D. si quis omissa causa 29, 4, vgl. oben Bd. 3 § 105 Anm. 5.

2) Wer successiv mehrere Berufungen in Anspruch nehmen kann, z. B. als Testamentserbe und eventuell als Intestaterbe, und aus der zweiten Berufung antritt, schlägt natürlich damit die erste aus. Die Anwendung dieses Satzes in folgendem Falle wird aber nicht leicht Beifall finden, l. 97 D. de a. vel o her. 29, 2. Paulus libro 3 decretorum: Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alio testamento inutiliter facto instituerat: scriptus heres cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. dicebam non repudiare eum, qui putaret posterius valere. pronuntiavit Clodianum intestatum decessisse. Mit Recht bemerkt hierzu Puchta, Vorlesungen § 499: „Man kann nur etwas repudiiren, was deferirt ist und von dessen Delation man weiß. Dies ist die Meinung des Paulus, der wir zu folgen haben." Andere Schriftsteller über die Stelle citirt Arndts § 510 Anm. 2.

3) Es war dies übrigens Kontroverse der Juristen, welche Justinian durch die l. 20 C. de jur. deliberandi 6, 30 entschied. Vgl. l. un. § 10 b C. de caducis toll. 6, 51: „cum sit absurdum ejusdem hereditatis partem quidem agnoscere, partem vero respuere." Siehe l. 80 D. h. t. 29, 2, vgl. l. 26, l. 36 D. eod.

4) Vgl. oben Bd. 3 § 88 Anm. 10, l. 60 § 6 D. de her. inst. 28, 5. Einen Widerspruch enthält l. 58 D. h. t. 29, 2. Gajus libro 14 ad legem Juliam et Papiam: Qui ex duabus partibus heres institutus fuerit, ex alia pure, ex alia sub condicione, et ex pura institutione adierit et decesserit posteaque condicio exstitit, ea quoque pars ad heredem ejus pertinet. Sind also Jemandem zwei Portionen letztwillig zugewendet, die eine unbedingt und die andere bedingt, so soll genügen, daß er die unbedingte antrat, damit sein Erbe im Falle des Eintrittes der Bedingung der anderen Portion auch diese erhält, obgleich der eingesetzte Erbe den Eintritt der Bedingung der bedingt hinterlassenen Portion, also die Delation derselben nicht erlebte. Man müht sich ab, diese Stelle mit dem Resultate der anderen zu vereinigen, sei es durch Erklärung, sei es durch Emendation; siehe Arndts § 517 Anm. 4. Aber die bezüglichen subtilen Rechtssätze sind nicht ohne Weiteres in das Leben getreten. Es hat nichts Unwahrscheinliches, daß Gajus noch eine abweichende Ansicht hatte.

anderen ihm noch später deferirten Portionen zurückgewiesen habe. Was aber vom Erwerb gilt, findet nicht bei der Ausschlagung Anwendung. Wer die eine Portion ausschlug, kann eine andere, später deferirte, gleichwohl erwerben.[5]

§ 163. B. Der Erwerb durch die Hauskinder.

1. Die Hauskinder — sui — erwerben den Nachlaß ihrer Ascendenten von Rechtswegen ohne Willen und Wissen, mögen sie nun als Intestaterben oder durch Testament berufen sein.[1]

Unter den sui verstanden die Römer hier nicht bloß wie bei dem alten formellen Notherbenrechte die unmittelbar in der Gewalt des Erblassers stehenden, sondern auch entferntere Descendenten, also Enkel oder Urenkel, deren Parens zur Zeit des Todes des Hausvaters noch lebte und in dessen Gewalt stand.[2]

Da sich der Erwerb durch die sui ohne ihren Willen vollzieht, so erwerben sie auch die Erbschaft, wenn sie willensunfähig, insbesondere geisteskrank sind.[3]

Der Erwerb von Rechtswegen ist natürlich ein Vortheil, wenn die Erbschaft zahlungsfähig ist. Aber er war in alter Zeit eine große Härte, wenn sie insolvent war.

Deshalb kam es häufig vor, daß der Erblasser seinen suis durch Einsetzung unter einer Potestativbedingung die Entscheidung über den Erwerb der Erbschaft anheimgab.[4]

---

5) Ein ausdrückliches Zeugniß hierfür enthält l. 76 § 1 D. h. t. 29, 2. Javolenus libro 4 epistularum: Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut amittere velim aut vindicare. Für die Ansicht des Javolenus sprechen gewichtige innere Gründe. Nach ihr wird dem Willen des Erblassers, dem Vortheil des Erben und den Interessen der Gläubiger Genüge geleistet. Die dagegen angeführte Analogie der l. 10 §§ 2—4 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 ist schwerlich in ihrem Gesammtzusammenhange beweiskräftig. Es ist zu dieser Stelle die l. 40 D. de a. vel o. her. 29, 2 zu vergleichen. Die hier vertretene Ansicht hat Schlayer im Arch. für civ. Praxis Bd. 53 n. 2, anderer Ansicht ist Wendt ebendaselbst Bd. 55 n. 12; dagegen aber Pietak ebendaselbst Bd. 59 n. 1 und Ubbelohde Bd. 65 n. 12.

1) § 2 I. de heredum qualitate 2,19, l. 3 pr. C. de jure deliberandi 6, 30. Es gehört hierher auch der postumus, welcher in der Gewalt des Erblassers gestanden hätte, wenn er zur Zeit seines Todes bereits geboren gewesen wäre.

2) l. 6 § 5 D. h. t. 29, 2. Vgl. oben Bd. 3 § 143.

3) § 3 I. de her. quae ab intestato 3, 1.

4) l. 12 D. de cond. inst. 28, 7, l. 87 D. de her. inst. 28, 5. Nur dann freilich konnte sich der unter der Potestativbedingung eingesetzte suus von der Erbschaft durch sein Nichtwollen losmachen, wenn ihm jemand substituirt war, welcher

2. Von allgemeinerer Bedeutung war es, daß der Prätor den Hauskindern die Rechtswohlthat der Abstinenz, d. h. der Ausschlagung der Erbschaft, verlieh.[5] Diese Rechtswohlthat bedarf nicht besonderer Erbittung oder eines prätorischen Dekretes, vielmehr genügt einfache Erklärung des Hauskindes, die Erbschaft nicht zu wollen.[6] Es ist aber zu unterscheiden:

a) Unmündige erhalten das jus abstinendi unbedingt, auch wenn sie oder ihre Vormünder sich in die Erbschaft bereits eingemischt haben.[7] Abstiniren sie nach der Einmischung, so bleiben gleichwohl ihre inzwischen bona fide vorgenommenen Rechtshandlungen gültig.[8]

Den Unmündigen sind die Minderjährigen derzeit gleichzustellen, während sie in Rom einer Restitution gegen ihre Einmischung bedurften.[9]

b) Andere Hauskinder haben das Recht der Abstinenz nur, wenn sie sich nicht immiscirt, d. h. als Erben betragen haben. Auch dadurch gehen sie dieses Rechtes verlustig, daß sie dolos die Beiseiteschaffung von Erbschaftssachen bewirkten.[10] [11]

Die Wirkung der Abstinenz ist, daß die Hauskinder wie Nichterben behandelt werden. Sie können daher von den Erbschaftsgläubigern nicht belangt werden[12] und sind andererseits

---

Erbe wird. Denn sonst wurde er eben nothwendiger Intestaterbe. Daher pflegte man in Rom dem suus einen Hausſklaven zu substituiren, welcher, wenn der suus die Erbschaft nicht wollte, nothwendiger Erbe des Erblassers wurde.

5) Das Edikt scheint bereits zur Zeit Ciceros bestanden zu haben. Denn Cicero wirft Philipp. II cap. 16 in fine dem Antonius vor: „hereditatem patris non adisse“. Wie übrigens die Volksmeinung über die Abstention urtheilte, ergiebt l. 7 C. de causis, ex quibus infamia 2, 11. Antoninus: Nemo ob id, quod bonis paternis se abstinuit, infamis est.

6) l. 12 D. h. t. 29, 2, l. 1 C. si minor ab hereditate 2, 89.

7) l. 57 pr. D. h. t. 29, 2. Gajus libro 23 ad edictum provinciale: Necessariis heredibus non solum impuberibus, sed etiam puberibus abstinendi se ab hereditate proconsul potestatem facit, ut, quamvis creditoribus hereditariis jure civili teneantur tamen in eos actio non detur, si velint derelinquere hereditatem. sed impuberibus quidem, etiamsi se immiscuerint hereditati, praestat abstinendi facultatem, puberibus autem ita, si se non immiscuerint. Mit Recht hebt Lenel, edictum S. 336 ff. hervor, daß der Prätor zwei Edikte erließ, das eine für den Fall „si pupillus heres erit“, das andere „si pubes heres erit“.

8) l. 44 D. h. t. 29, 2, l. 6 § 1 D. de rebus auct. jud. vend. 42, 5, l. 44 D. de re judicata 42, 1.

9) l. 90 D. de solutionibus 46, 3, l. 57 § 1 D. h. t.

10) l. 71 §§ 3 ff. D. h. t. 29, 2, vgl. l. 21 pr. D. eod.

11) Wer behauptet, daß der suus das beneficium abstinendi durch Einmischung in die Erbschaft oder durch Entwendung von Nachlaßobjekten verloren habe, muß dies selbstverständlich beweisen.

12) l. 57 pr. D. h. t., oben Anm. 7.

nicht befugt, erbschaftliche Rechte auszuüben.[13] Pupillarsubstitutionen bleiben jedoch trotz der Abstinenz des Hauskindes bestehen.[14]

Abstinenz wird in der Regel nur bei Insolvenz der Erbschaft stattfinden. Es kommt daher meist in ihrem Gefolge zum Konkurse über den Nachlaß. Doch wird weiter deferirt.[15] Nicht minder tritt Akkrescenz ein, wenn ein Theilerbe abstinirt.[16]

Die Immixtion des Großjährigen ist definitiv. Die Abstinenz ist dies nicht in gleicher Weise. Vielmehr kann sich der Abstinirende, solange die Vermögenslage nicht geändert ist, binnen 3 Jahren wieder für Annahme der Erbschaft entscheiden.[17]

§ 164. Ueberlegungsfrist.[1]

Die Entscheidung des Erben zwischen Antritt der Erbschaft und Ablehnung ist gesetzlich an keine Frist gebunden, ebensowenig die des Hauskindes über Immixtion oder Abstinenz.

Es kann jedoch dem fremden wie dem häuslichen Erben vom Gerichte eine Ueberlegungsfrist — spatium deliberandi — gesteckt werden.[2] Freilich kommt sie im Leben kaum je vor.

1. Das Recht der Nachlaßgläubiger, die Ertheilung einer Ueberlegungsfrist an den Erben zu betreiben, war durch die Gestaltung des römischen Konkursrechtes veranlaßt.

Die Nachlaßgläubiger konnten nämlich Eröffnung des Konkurses über einen Nachlaß in der Regel nur beantragen, wenn es feststand, daß der Nachlaß keinen Erben fand.[3]

---

13) Entwendet der suus heres etwas nach der Erklärung der Abstinenz aus der Erbschaft, so begeht er ein furtum, l. 71 § 9 D. h. t. 29, 2.

14) l. 12 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6, l. 41, l. 42 pr. D. h. t. 29, 2, l. 28 D. de rebus auct. jud. 42, 5. Vgl. oben Bd. 3 § 89 Anm. 4.

15) l. 44 D. de re judicata 42, 1, l. 2 § 8 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17: „ne nudum nomen sui heredis noceat matri", l. 6 C. de legitim 6, 58. Ja den ex testamento abstinirenden suis wird als Intestaterben neu deferirt, und sie können in dieser Eigenschaft erwerben, l. 1 § 7 D. si quis omissa causa 29, 4.

16) Oben Bd. 3 § 91 Anm. 7.

17) l. 8 D. de jure deliberandi 28, 8, l. 6 C. de repudianda her. 6, 31.

1) Tit. Dig. de jure deliberandi 28, 8, Cod. 6, 30. Dedekind, das Deliberationsrecht des Erben und die Interrogationes in jure 1870.

2) Die Deliberationsfrist war in der Regel 100 Tage, zuweilen auch länger, l. 2 D. h. t. 28, 8. Aus besonderen Gründen konnte sich nachträglich verlängert werden, l. 3, l. 4 D. h. t. 28, 8. Justinian setzte das Maximum dessen, was der Richter gewähren könne, auf 9 Monate, und das vom Regenten zu ertheilende Maximum auf ein Jahr, l. 22 § 13a C. h. t. 6, 30.

3) Cicero pro Quinctio cap. 19 § 60: tracta edictum . . . „cui heres non exstabit." Gajus Inst. III § 78: mortuorum bona veneunt . . . eorum quibus

Um dies festzustellen, hatten die Gläubiger das Fragerecht gegenüber dem Berufenen.

Bejahte dieser, daß er Erbe sei, so haftete er ihnen als Erbe, verneinte er, so ging der Nachlaß in Konkurs.[4]

Der Erbe konnte sich aber auch eine Frist zur Deliberation erbitten. Erklärte er sich dann innerhalb der Frist nicht, so galt er nach klassischem Recht als ausschlagend,[5] nach justinianischem aber als antretend.[6]

Derzeit haben die Nachlaßgläubiger das Fragerecht nicht mehr, und sie werden nicht leicht ein Interesse dabei haben, daß dem Erben eine Deliberationsfrist gesteckt werde.

Denn der Konkurs über den Nachlaß kann eröffnet werden, wenn derselbe überschuldet ist, ohne daß abzuwarten ist, ob der berufene Erbe sich zum Antritt versteht.[7]

Ferner können die Nachlaßgläubiger die Ernennung eines Erbschaftskurators fordern, wenn die Erbschaft ruht, so daß dieser sie zu befriedigen hat.[8]

Es kann sie also nichts veranlassen, zu beantragen, daß dem Erben eine Ueberlegungsfrist gesteckt werde, was nur Weitläufigkeiten verursachen würde.

2. Der Erbe kann sich auch unaufgefordert eine Ueberlegungsfrist erbitten, die ihm im alten Rechte Vortheile gewährte.[9]

---

certum est neque heredes neque bonorum possessores neque ullum alium justum successorem existere.

4) l. 2—6 D. de interrogationibus in jure faciendis 11, 1. Das Nähere über dieses Fragerecht siehe bei Demelius, die confessio im römischen Civilprozeß 1880, Lenel, edictum S. 118.

5) Gajus Inst. II § 167 solet praetor postulantibus hereditariis creditoribus tempus constituere, intra quod si velit adeat hereditatem. si minus, ut liceat creditoribus bona defuncti vendere, l. 1 § 11 D. de succ. edicto 38, 9. Existirten mehrere successiv zu berufende Erben, insbesondere Substituten, so war ihnen successiv eine Deliberationsfrist zu stellen, l. 10 D. h. t. 28, 8, l. 69 D. de a. v. o. h. 29, 2. Zog sich die Entscheidung lange hin, so trat das in l. 8 D. quibus ex causis 42, 4 angedeutete Nothverfahren ein. Vgl. Lenel, edictum S. 335. Siehe auch für Fälle bedingter Einsetzung l. 23 § 1 D. de her. inst. 28, 5, l. 4 D. de rebus a. 42, 5.

6) l. 22 § 14b C. de jure deliberandi 6, 30, l. 1 D. de curat. 42, 7.

7) K.O. § 203.

8) Schon in Rom wurde während der ruhenden Erbschaft, wenn es ungewiß war, ob ein Erbe antrat, sowie wenn der Erbe deliberirte, ein curator gegeben, l. 2 D. de feriis 2, 12, l. 22 § 1 D. de rebus a. j. vend. 42, 5, l. 3 D. de cur. dand. 27, 10. Da aber die Vollmacht des Erbschaftskurators in Rom eine engere war, als derzeit üblich ist, so war damit in Rom den Gläubigern nicht vollständig geholfen.

9) l. 5 pr. D. h. t. 28, 8. Der Deliberirende erhält Einsicht in die Erbschaftspapiere. Er kann unter gerichtlicher Autorisation nicht konservirbare Nachlaßobjekte

Justinian hat aber an die Ueberlegungsfrist, da sie Unterschlagungen durch den Berufenen erleichterte, Nachtheile geknüpft, welche diese Rechtswohlthat dem Erben verleiden müssen.[10]

3. Die Neueren lehren meist, daß die eventuell zu berufenden Erben, insbesondere die Substituten, zu dem Antrage legitimirt seien, daß das Gericht dem vor ihnen Berufenen eine Deliberationsfrist stecke.

Dies ist aber ohne gesetzliche Grundlage und hätte für die Antragsteller keinen Nutzen.[11] Denn ist der Nachlaß überschuldet, so haben sie kein Interesse, und ist er dies nicht, so treiben sie den vor ihnen Berufenen, indem sie ihn durch gerichtliche Maßnahmen erbittern, gerade zu der Antretungserklärung, die sie nicht wünschen.

Auch Vermächtnißnehmer sollen nach der herrschenden Ansicht das Recht haben, vom Testamentserben eine Erklärung über den Antritt zu erzwingen. Das könnte ihnen unter Umständen nützlich sein, hat aber auch keinen gesetzlichen Grund.[12]

---

verkaufen, dringende Schulden tilgen, l. 5 § 1, l. 6 D. h. t. 28, 8. Der Sohn des Erblassers erhält ferner während der Deliberationszeit aus der Erbschaft Alimente, l. 9 D. eod. 28, 8.

10) l. 22 § 14 C. h. t. 6, 30. Wer deliberirt haftet, auch wenn er ein gehöriges Inventar errichtet, den Nachlaßgläubigern mit dem eigenen Vermögen, siehe unten § 170.

11) Allerdings ist in den von den Gegnern angeführten Stellen von Substituten die Rede, und hieraus ist die in den Lehrbüchern translaticische Lehre wohl entstanden. Allein nirgends ist ausgesprochen, daß die Substituten die Deliberationsfrist beantragen können. Die Substituten werden vielmehr nur in Betracht gezogen, weil an sie die Erbschaft kommt, wenn die Deliberirenden die Erbschaft ausschlagen oder wie ausschlagend zu behandeln sind. So vor Allem in der l. 22 § 14 C. h. t. 6, 30. Vgl. Bruns in Bekkers Jahrbuch Bd. 1 S. 120. In der l. 23 § 1 D. de her. inst. 28, 5, auf welche sich Windscheid Bd. 3 § 598 Anm. 5 beruft, ist von Substituten überhaupt nichts zu finden. Es bleibt also dabei, daß, wie Brinz Bd. 3 S. 150 bemerkt, „das Mitgefühl den fehlenden Quellenbeweis ersetzen muß". Doch dies Mitgefühl reicht eine unpraktische Waffe.

12) Für den Vermächtnißnehmer ließe sich anführen, daß sie vielfach in den Quellen den „Erbschaftsgläubigern" zugetheilt werden. Warum also nicht auch hier? Die Genesis unserer Bestimmung spricht gegen ihre Unterstellung in unserem Falle. Denn nur solche Gläubiger konnten die Deliberationsfrist betreiben, welche an dem Konkurse über den Nachlaß im Falle des Nichtantrittes der Erbschaft betheiligt waren. Dahin gehörten aber die Vermächtnißnehmer nicht.

Drittes Kapitel.

Die Uebertragung der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

I. Transmission.

§ 165. Der Begriff der Transmission.[1]

Die Berufung giebt dem fremden Erben ein höchstpersönliches Recht zum Antritt. Dieses Recht ist regelrecht unveräußerlich und unvererblich.[2]

Die Unvererblichkeit der Berufung hatte den praktischen Vortheil, daß sie den Berufenen zu baldiger Entscheidung über den Antritt drängte. Denn der Tod des Berufenen konnte plötzlich eintreten, jeder weiteren Ueberlegung ein Ende machen und so den Verlust der angetragenen Erbschaft für die Angehörigen des Berufenen zur Folge haben.

Aber es lag in der Unvererblichkeit auch ein großer Uebelstand, wenn der Tod den Berufenen überraschte, ehe er von der Berufung wußte oder die nothwendige Ueberlegung anstellen konnte.

Deshalb bildeten sich im späteren Rechte zahlreiche Transmissionsfälle aus, in welchen sich das Recht aus der Berufung, also das Recht zum Erbschaftsantritte vererbt.

Die Transmission gilt nicht als neue Berufung, sie ist Erhaltung und Uebertragung der bereits erfolgten.[3] Dem Nachfolger — dem Transmissar — liegen daher nothwendig dieselben Lasten auf, wie dem Transmittenten.

Die Rechtsstellung der fremden Erben und der gewaltuntergebenen Kinder des Erblassers hatte sich bereits durch die Gewährung des jus abstinendi an die Letzteren sehr genähert. Die Einführung der Transmissionsfälle nun that einen weiteren Schritt zur praktischen Annäherung.

---

1) Marezoll, z. L. v. d. s. g. Transmissionsfällen in Lindes Zeitschrift Bd. 2 n. 3; Steppes, die Transmission der Erbschaft 1831; Göring, die s. g. Transmissionsfälle im römischen Erbrecht in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 n. 3.

2) l. 3 § 7 D. de bon. poss. 37, 1, l. 7 C. de jure deliberandi 6, 30, l. un. § 5 C. de caducis tollendis 6, 51. Justinianus: . . . hereditatem enim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur.

3) Daher geht regelmäßig der Transmissar des Instituten dessen Vulgarsubstituten vor. Vgl. oben Bd. 3 § 88 Anm. 14.

Denn die Hauskinder übertrugen die ihnen angetragene Erbschaft ihres Hausvaters, auch wenn sie sich noch nicht eingemischt hatten, auf ihre Erben nach Rechtsnothwendigkeit.[4] Waren sie doch unmittelbar mit der Berufung Erben ihres Hausvaters geworden. Auf ihre Erben ging folgerecht auch das Recht, sich zu immisciren oder zu abstiniren, über.[5] Das nennt man transmissio ex jure suitatis.

Aehnlich gestaltete sich nun das Recht der fremden Erben, wenn ein Transmissionsfall vorlag, da sich auch dann der Erbe des Berufenen für die Annahme der Erbschaft noch erklären kann. Freilich war dies nicht Regel, sondern Ausnahme, nicht Rechtskonsequenz, sondern Billigkeit.

§ 166. Die einzelnen Transmissionsfälle.

Zahlreiche Streitfragen bestehen bezüglich der Bedeutung und des Umfanges der einzelnen Transmissionsfälle.

Betrachtet man die verschiedenen Fälle der Transmission bloß als willkürliche Ausnahmen von der allgemeinen Regel, so wird man geneigt sein, ihnen durch strikte Interpretation möglichst enge Grenzen zu ziehen. Beachtet man aber, daß hier ein neuer Gedanke nach Verwirklichung ringt, so wird man ihm, soweit dies die Gesetzesnorm zuläßt, Raum und Anerkennung zu sichern suchen.

1. Die römische Jurisprudenz erkannte transmissio „ex capite restitutionis in integrum“ an, wenn der Berufene in Folge von Hindernissen, welche eine Restitution begründen, die Erbschaft verloren hat.[1] Es giebt zwei Klassen dieser Art:

a) Der Berufene verlor bei Lebzeiten in Folge eines Restitutionsgrundes das Recht des Antrittes der Erbschaft — etwa durch Fristversäumniß, da es an eine Frist geknüpft war — und verstirbt, ehe er die ihm gebührende Restitution gegen den Verlust erlangte. Hier

4) l. 8 C. de suis et legitimis 6, 55.

5) l. 7 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2. Diese Stelle hat den Fall vor Augen, daß der Haussohn, ehe er von dem Tode des Hausvaters erfahren hat, verstarb, „relicto filio necessario“, und gesteht diesem das jus abstinendi zu. Deshalb nehmen Manche den Uebergang des jus abstinendi nur für den Fall an, daß der Erbe des Hauskindes wiederum suus ist. Allein die Konsequenz spricht für die Ausdehnung auf alle Erben des suus, auch die fremden, Windscheid Bd. 3 § 595 Anm. 7 und dort citirte Schriftsteller.

1) Schröder in Iherings Jahrbüchern Bd. 15 n. 10 S. 409; Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 161 und dort citirte Schriftsteller.

geht sein Anspruch auf Restitution auf seine Erben über, und damit erlangen diese die Befugniß, statt ihres Erblassers anzutreten.[2]

b) Schwieriger ist der Fall, in welchem der Berufene zwar in Folge eines Restitutionsgrundes die ihm angetragene Erbschaft bei Lebzeiten nicht antrat, aber das Recht des Antrittes erst durch seinen Tod verlor, z. B. er war in Staatsgeschäften abwesend, wird inzwischen zu einer Erbschaft berufen und stirbt, ohne von der Berufung Kunde erlangt zu haben, zu einer Zeit, wo er noch antreten konnte.

Hier ließ sich gegen eine Restitution seiner Erben einwenden, daß der Berufene, solange er lebte, nichts verloren hat, also keinen Anspruch auf Restitution hatte, den er auf seine Erben vererben konnte, und daß in der Person der Erben kein Restitutionsgrund besteht.

Mit Recht hat man auch in diesem Falle den Erben die Restitution gewährt, denn schließlich war es doch auch hier der Restitutionsgrund, z. B. Abwesenheit, welcher den Verlust der Erbschaft — wenn auch nur indirekt — verschuldete.[3 4]

2. Die transmissio Theodosiana oder der Descendenten gehört einer Verordnung von Theodosius II. und Valentinian III. aus dem Jahre 450 an.[5]

Nach dieser Verordnung sollen testamentarisch eingesetzte Descendenten, auch wenn sie vor Eröffnung des Testamentes sterben, ihre Erb-

---

2) l. 24 § 2 in fine D. de minoribus 4, 4, l. 1 C. de restitutione militum 2, 50.

3) l. 86 pr. D. de a. vel o. her. 29, 2. Papinianus libro 6 responsorum: Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret, heres institutus ante vita decesserat quam heredem se institutum cognosceret. quia bonorum possessionem, quam procurator ejus petierat, heredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quae stricto jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obisset. divum tamen Pium contra constituisse Maecianus libro quaestionum refert in eo qui legationis causa Romae erat et filium qui matris delatam possessionem absens amiserat sine respectu ejus distinctionis restitutionem locum habere. quod et hic humanitatis gratia optinendum est, l. 30 pr. D. eod. Mit Unrecht beschränken Viele diese Restitution auf den von Papinian behandelten Fall der Abwesenheit des Berufenen in Staatsgeschäften. Die Entscheidung hat eine allgemeine Bedeutung. Vgl. Köppen a. a. O. S. 163.

4) Den gleichen Charakter hat die Restitution in Fällen, in welchen der Berufene, solange er lebte, wegen Ungewißheit bezüglich der Delation oder wegen gesetzlichen Verbotes nicht antreten konnte, l. 1 § 1 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17, l. 3 § 30 D. de S. C. Silaniano 29, 5. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Köppen a. a. O. S. 163 Anm. 4.

5) l. un. C. de his qui ante apertas tabulas hereditates transmittunt 6, 52. Löhr im Archiv f. civ. Praxis Bd. 2 n. 14; Bangerow ebendaselbst Bd. 25 n. 14; Löhr in Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 7 n. 3; Huschke daselbst Bd. 9 n. 2.

portion auf ihre Descendenten transmittiren, damit diese der großväterlichen Erbschaft nicht beraubt werden.

Die juristische Tragweite dieses Gesetzes ist sehr bestritten. Manche vertheidigen eine gesetzliche Substitution der entfernteren Descendenten.[6] Die Verordnung jedoch spricht von einer „Transmission" und keineswegs von einer „Substitution". Hieran ist festzuhalten. Man wird daher folgende Erfordernisse anzunehmen haben:

a) Testamentarische Einsetzung von Descendenten durch den Erblasser. Der Gedanke mancher Schriftsteller, diese Transmission auch bei der Intestaterbfolge von Descendenten anzuwenden, entfernt sich ganz von der gesetzlichen Basis.[7]

b) Der eingesetzte Descendent muß bereits berufen gewesen sein, also namentlich den Testator überlebt haben. Dies ergiebt der Begriff der Transmission.[8] Wer freilich eine gesetzliche Substitution annimmt, kann zu einem anderen Resultate kommen.

c) Wegsterben des eingesetzten Descendenten vor seiner Erklärung über die Berufung und Hinterlassung von Descendenten.

d) Man muß auch fordern, daß der entferntere Descendent den eingesetzten näheren beerbt hat. Denn die großväterliche Erbschaft wäre, auch wenn der eingesetzte Descendent die Erbschaft, zu der er berufen war, angetreten hätte, an den Enkel nur gelangt, wenn dieser seinen eingesetzten Parens beerbt hätte. Es liegt nicht in dem Sinne der Verordnung, dem Enkel im Falle des Versterbens seines Parens mehr zuzutheilen, wie wenn dieser aus dem Testamente des Ascendenten angetreten hätte.[9]

e) Besonders bestritten ist die Frage, ob diese Transmission sich auf den Fall beschränkt, in welchem der eingesetzte Descendent vor der Eröffnung des Testamentes verstarb, wonach ihre Bedeutung eine geringe wäre, oder ob sie auch eintritt, wenn er nachher stirbt. Das Letztere ist das Richtige.[10]

---

6) So namentlich Löhr a. a. O. Die Verfügung der l. un. C. cit. aber lautet: „derelictam sibi hereditariam portionem posse transmittere", vgl. Bangerow a. a. O. S. 454.

7) Diese Ausdehnung ist auch kein Bedürfniß, wenn man, wie wir oben thaten, annimmt, daß nach der Novelle 118 auch in der Descendentenklasse successio graduum stattfindet, daß die successive Delation der Akrescenz der Miterben vorgeht, und daß die successive Berufung selbst an Personen gehen kann, die zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht koncipirt waren.

8) Bangerow a. a. O. S. 452.

9) Anders Bangerow a. a. O.

10) Die heutzutage herrschende Lehre nimmt an, unsere Transmission sei durch die Bestimmungen der lex Papia Poppaea veranlaßt, „wonach regelmäßig ein

3. Die transmissio Justinianea oder der Erben ist allgemein für die Erben des Berufenen bestimmt.[11] Sie ist nur zeitlich beschränkt. In der Regel ist ihre Grenze ein Jahr, von dem Augenblicke an, in welchem der Berufene die Berufung erfuhr.[12] Die Frist verkürzt sich aber, wenn dem Berufenen eine kürzere Deliberationsfrist ertheilt ist, auf deren Zeit.

Streitfrage ist, ob diese Transmission auch eintritt, wenn der Berufene verstarb, ehe er die Berufung erfahren hat?

Dafür spricht zwar nicht das Wort des Gesetzes, wohl aber dessen allgemeine Tendenz.[13] Die Frist läuft in diesem Falle sinnentsprechend

---

ex parte eingesetzter Erbe die Erbschaft nicht ante apertas tabulas antreten, also, wenn er früher starb, dieselbe nicht als schon erworbene auf seine Erben transmittiren konnte". Der Zweck der Verordnung sei also nur gewesen, diesen Kaducitätsfall in einem gewissen Maße zu beseitigen, indem man die Descendenten der eingesetzten Descendenten succediren ließ, wenn diese ante apertas tabulas wegfielen. Allein die entscheidenden Worte der Verordnung harmoniren mit dieser Lehre nicht. Es heißt da, die Descendenten sollen ihre Erbportion auf ihre Nachkommen transmittiren, „licet non sint invicem substituti seu cum extraneis seu soli sint instituti et ante apertas tabulas defuncti". Damit wird ausgesprochen, die Transmission solle auch eintreten, wenn die Erbportion eigentlich caducum wäre, wie namentlich der Fall ist, wenn nicht durch gegenseitige Substitution der Miterben die Kaducität ausgeschlossen ist. Die Verordnung will also die Transmission nicht etwa auf den Fall beschränken, in welchem nach dem Rechte der Zeit Kaducität eintrat, sondern nur hervorheben, daß sie auch in diesem Falle einzutreten habe. Für die Gegner spricht allerdings die Ueberschrift des Titels. Aber Titelüberschriften haben keine gesetzliche Kraft und fallen selbst bei einer sorgfältigeren Gesetzgebung, als es die justinianische Kompilation ist, leicht inkorrekt aus, weil sie die Auffindung und Uebersicht erleichtern, nicht aber Gesetz sein sollen. Die hier vertheidigte Meinung war in früherer Zeit die herrschende. Erst in neuerer Zeit hat die entgegengesetzte Platz gegriffen, vor Allem auch in Folge der Ausführungen von Vangerow.

11) l. 19 C. de jure deliberandi 6. 30. Vangerow im Archiv für civ. Praxis Bd. 24 n. 5; Wieding, die Transmission Justinians 1859.

12) Wieding a. a. O. und Brinz Bd. 3 S. 162 Anm. 27 erachten als Anfangspunkt für die Jahresfrist den Augenblick des Todes des Erblassers. Es stimmt dies nicht mit der l. 19 cit. § 3, obgleich nicht zu leugnen ist, daß deren Ausdrucksweise ziemlich verworren ist.

13) Die Zulassung der Transmission der Erben in Fällen, in welchen der Berufene ohne Kenntniß der Berufung verstarb, vertheidigt gründlich und überzeugend Vangerow a. a. O. S. 178. Ihm folgt Windscheid Bd. 3 § 600. Für die Gegenansicht ist u. A. Köppen, Lehrbuch S. 171 Anm. 1. Die Ansicht Vangerows hat die besseren Gründe für sich. Allerdings hat Justinian in seiner Verordnung den gewöhnlichen Fall vor Augen, daß der Berufene die Berufung erfahren und sich noch nicht über dieselbe entschieden hat. Aber im § 1 stellt er nur folgende Bedingungen der Transmission auf: a) Berufung zur Erbschaft, mag nun der Berufene eine Deliberationsfrist erbeten haben — deliberationem meruerit — oder nicht, b) daß der Berufene noch nicht ablehnte — die Worte „ut ex hac causa deliberare videatur" sind Motiv des Gesetzgebers, keine Beschränkung der Disposition —, c) die Präklusivfrist eines Jahres. Wenn dann die Verordnung vom § 2 an die Frist nur für den Fall näher normirt, in welchem der Berufene Kenntniß der Berufung hatte, so folgt daraus nicht, daß die Transmission auf diesen Fall beschränkt sein sollte. Daß dies in der That nicht die Meinung Justinians war, ergiebt die

von dem Augenblicke an, in welchem der Erbe des Berufenen die Kenntniß der Berufung seines Erblassers erhält.[14]

4. Theodosius und Valentinian III. gewährten dem Vater die s. g. transmissio ex capite infantiae[15]

Wenn einem Kinde unter 7 Jahren eine Erbschaft angetragen wird, und wenn das Kind stirbt, bevor es die Erbschaft erworben hat, so soll sie sein Vater, selbst wenn er nicht dessen Gewalthaber war, anstatt des Kindes für sich erwerben können.[16]

II. Die Veräußerung des Rechtes aus der Berufung. Veräußerung der Erbschaft.

§ 167. Abtretung des Rechtes aus der Berufung.

Das altrömische Recht kannte die Abtretung einer deferirten, noch nicht erworbenen hereditas legitima durch in jure cessio.[1]

In Folge dieser Cession galt der Cessionar als der Erbe; er war als solcher ausschließlich erbberechtigt und ausschließlich den Erbschaftsgläubigern verpflichtet. Der Cedent aber hatte weder erbschaftliche Rechte noch Pflichten.

Solche Cession der Erbschaft war den suis nicht möglich, weil sie unmittelbar mit der Berufung Erben geworden sind; ebensowenig den Testamentserben, welche als Vertrauenspersonen des Erblassers die Erbschaftsverhältnisse persönlich zu ordnen hatten.

Novelle 158. Dieselbe entscheidet einen Rechtsfall, in welchem eine Mutter mit Hinterlassung einer unmündigen Tochter verstarb, die nach wenigen Tagen gleichfalls durch den Tod weggerafft wurde. Obgleich die unmündige Tochter im Rechtssinne keine Kenntniß von ihrer Berufung haben konnte, soll sie doch das Recht der Antretung der Erbschaft ihrer Mutter auf ihre Erben transmittiren; besonders, fügt Justinian hinzu, weil sie innerhalb eines Jahres vom Tode der Mutter gestorben ist. Daß diese beiläufige Bemerkung, welche unter allen Umständen, so wie sie steht, nicht ausreicht, keine Vorschrift über die Berechnung der Frist enthält, ist klar. Die Novelle 158 ist nicht glossirt. Als Zeugniß für die Auffassung Justinians behält sie aber gleichwohl ihr Gewicht.

14) So Göring a. a. O. S. 177. Meist läßt man die Frist in diesem Falle vom Tode des Berufenen an laufen.

15) l. 18 §§ 1 ff. C. de jure deliberandi 6, 30.

16) Köppen, System S. 401 spricht dieser Transmission die praktische Geltung ab. Sie ist jedenfalls ein Anachronismus, seit der Nachlaß des unmündigen Kindes nicht mehr ausschließlich dessen Vater zukommt.

1) Das Nähere siehe bei Gajus Inst. II §§ 35 ff., III § 85; Ulpian. fragm. XIX §§ 12 ff.; Scheurl, Beiträge Bd. 1 S. 94; Pernice, Labeo Bd. 1 S. 341; Avenarius, Erbschaftskauf S. 4.

Manche betrachten die Abtretung einer deferirten gesetzlichen Erbschaft als ein dem jüngsten römischen und dem heutigen Rechte angehörendes Institut.[2]

Hiergegen sprechen aber äußere und innere Gründe.

Denn in der justinianischen Kompilation sind alle Stellen des älteren Rechtes ausgemerzt, welche das Institut regelten. Einige Anspielungen auf dasselbe sind allerdings nicht eliminirt. Aber sie sind viel zu entfernt, als daß sich die Voraussetzungen und Wirkungen des Institutes aus ihnen rekonstruiren ließen.[3]

Die Zulassung solcher Cession ist aber auch bedenklich. Denn sie ermöglicht dem berufenen Erben, sich den pekuniären Vortheil der Erbschaft durch den Kaufpreis anzueignen und die Erbschaftsgläubiger auf einen chikanösen und gewissenlosen Käufer zu verweisen.

§ 168. Die Veräußerung der Erbschaft.[1]

Zulässig sind Veräußerungen, insbesondere Verkäufe erworbener Erbschaften.[2 3]

2) Hierfür sind Puchta, Pand. § 503 und Windscheid Bd. 3 § 601 Anm. 4, dagegen ist neuerdings Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 143 Anm. 2.

3) Die Hauptstelle ist die l. 4 § 28 D. de doli mali exc. 44, 4. Ulpianus libro 76 ad edictum: Si, cum legitima hereditas Gaji Seji ad te perveniret et ego essem heres institutus, persuaseris mihi per dolum malum, ne adeam hereditatem, et posteaquam ego repudiavi hereditatem, tu eam Sempronio cesseris pretio accepto isque a me petat hereditatem: exceptionem doli mali ejus qui ei cessit, non potest pati. Dieser Entscheidung Ulpians lag allerdings der Gedanke zu Grunde, daß die Klagen des Cessionars der heredita legitima aus seinem eigenen, durch die Cession geschaffenen Erbrechte erwachsen, daß er also nicht mit einer ihm abgetretenen Erbschaftsklage seines Verkäufers auftrete. Es ist aber nicht anzunehmen, daß die Kompilatoren diesen Zusammenhang durchschauten. Sie unterstellten vielmehr einen gewöhnlichen Erbschaftskauf und flickten auf denselben eine Entscheidung auf, welche zwar zu dessen Principien nicht paßte, die ihnen aber zweckmäßig schien.

1) Tit. Dig. de hereditate vel actione vendita 18, 4. Cod. 4, 39; Keller, Institutionen S. 325; Avenarius, der Erbschaftskauf 1877.

2) In dem Verkaufe einer dem Verkäufer deferirten Erbschaft liegt zugleich deren Antritt durch den Verkäufer, eine pro herede gestio. Schwer begreiflich ist, daß dies z. B. Arndts § 512 in Abrede stellt und Köppen, Lehrbuch S. 154 die Veräußerung einer erst deferirten Erbschaft gar „als nichtig" erachtet. Gilt doch sogar als Erbschaftsantritt, wenn der Berufene die ihm deferirte Erbschaft testamentarisch weiter vermacht, l. 6 C. de jure deliberandi 6, 30. Allerdings findet sich die Aeußerung Ulpians libro 7 ad Sabinum l. 6 D. de R. J. 50, 17: Non vult heres esse, qui ad alium transferre voluit hereditatem. Das war aber bezüglich der alten in jure cessio hereditatis von Ulpian ausgesprochen. Es paßt im justinianischen Rechte etwa noch für Fälle, in denen der Institut durch Vertrag mit dem Substituten diesem die Erbschaft überläßt.

3) Denkbar ist auch der Verkauf der einem Dritten zugefallenen Erbschaft, l. 8 D. h. t. 18, 4. Es muß aber eine Erbschaft bestehen, damit das Geschäft gültig sei, l. 7 D. h. t. 18, 4.

Solche Geschäfte ändern nichts an den Verpflichtungen des Erben gegenüber den Erbschaftsgläubigern und anderen Berechtigten.

Sie begründen aber zwischen den Kontrahenten die gegenseitige Verbindlichkeit, das wirthschaftliche Resultat herzustellen, wie wenn der Käufer und nicht der Verkäufer der Erbe wäre.[4]

1. Der Verkäufer ist hiernach zur Uebertragung aller Nachlaßaktiven verbunden. Er hat körperliche Sachen durch Tradition zu übereignen,[5] Forderungen durch Cession.[6] Und zwar ist zu übertragen, was zum Nachlaß im Augenblicke des Verkaufsabschlusses gehört[7] und sich hieraus noch weiter entwickelt.[8] Wegen solcher Erbschaftsobjekte, die der Verkäufer vor dem Verkaufe der Erbschaft entfremdete, haftet er, wenn ihm Dolus oder grobe Verschuldung zur Last fiel, dem getäuschten Käufer.[11]

Der Verkäufer steht in der Regel dafür ein, daß dem Käufer der verkaufte Nachlaß zukommt und verbleibt.[10] Aber wegen Eviktion oder wegen verborgener Mängel einzelner Nachlaßobjekte haftet er nicht, außer im Falle besonderer Garantie, bei Dolus und grober Verschuldung.“

Streitig ist, ob der Käufer, welcher von einem Theilerben dessen Erbe kauft, auch die später seinem Verkäufer anwachsenden Theile

---

4) l. 2 pr. D. h. t. 18, 4. Ulpianus libro 49 ad Sabinum: Venditor hereditatis statisdare de evictione non debet, cum id inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset, l. 2 § 18 D. cit. ... aequissimum videtur emptorem hereditatis vicem heredis optinere.

5) Der Verkäufer bleibt natürlich Eigenthümer der Nachlaßsachen, solange deren Tradition an den Erbschaftskäufer nicht vollzogen ist. Daher l. 6 C. h. t. 4, 39.

6) Vgl. l. 5 C. h. t. 4, 39. Auch Forderungen und andere Rechte, welche der Verkäufer persönlich für Rechnung der Erbschaft erwarb, hat er abzutreten, l. 2 § 8 D. h. t. 18, 4.

7) l. 2 § 1 D. h. t. 18, 4. Plerumque autem hoc agi videtur, ut quod ex hereditate pervenit in id tempus quo venditio fit id videatur venisse.

8) l. 2 § 4 D. h. t. 18, 4.

9) l. 2 § 5 D. h. t. Die l. 2 § 8 D. h. t. bemerkt „sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit“. Dies ist gewiß nicht ohne Unterscheidung anzuwenden, weil keineswegs unter allen Umständen den Vertragsintentionen entsprechend.

10) Es kann auch bloß das „etwaige“, vermeinte Erbrecht des Verkäufers veräußert sein. Dann haftet der Verkäufer, wenn sich seine Erbansprüche als illusorisch herausstellen, nicht, es falle ihm denn Dolus zur Last, l. 10, l. 11 D. h. t. 18, 4.

11) l. 1 C. de evictionibus 8, 44, l. 14 in fin., l. 15 D. h. t. 18, 4, l. 38 pr. D. de aedilicio edicto 21, 1.

zu beanspruchen hat? Es ist dies Frage der Auslegung des Vertrages, im Zweifel aber zu verneinen.[12]

2. Der Käufer hat eine doppelte Verbindlichkeit, nämlich:

a) den bedungenen Kaufpreis zu entrichten,

b) dem Verkäufer die Erbschaftslasten abzunehmen.

3. Ansprüche zwischen dem Verkäufer und dem Erblasser, welche durch den Erbschaftserwerb konfundirt wurden, sind ihrem wirthschaftlichen Erfolge nach wieder herzustellen.[13]

4. Die Erbschaftsgläubiger und Legatare können den Verkäufer als ihren Schuldner, unerachtet des Verkaufes, in Anspruch nehmen.[14]

Nach heutigem Rechte übernimmt aber auch der Erbschaftskäufer die Erbschaftsschulden mittels des Kaufgeschäftes, so daß ihn die Gläuber gleichfalls belangen können.[15]

Viertes Kapitel.

Die Wirkungen des Erbschaftserwerbes.

I. Die Repräsentation des Erblassers durch den Erben.

§ 169. Die Rechtsstellung des Erben im Allgemeinen.

Der Erbe tritt in Folge des Erbschaftserwerbes an die Stelle des Erblassers.[1] Demnach werden:

a) alle vererblichen Rechte und Pflichten des Erblassers unmittelbar mit dem Erbschaftserwerbe die seinen.

Dies gilt insbesondere von den Rechten und Pflichten, die dessen Vermögen zugehörten. Denn die Vererblichkeit der Vermögensrechte ist die Regel.[2]

---

12) Siehe oben § 122 Anm. 8. Die Ansichten sind sehr getheilt, vgl. die bei Avenarius a. a. O. S. 58 Citirten.

13) l. 2 § 18 und § 19 D. h. t. 18, 4, l. 9 D. communia praediorum 8, 4.

14) l. 2 C. h. t. 4, 39, l. 28 D. de donationibus 39, 5.

15) Dies ist freilich bestritten. Vgl. aber die bei Avenarius a. a. O. S. 93 citirten Belege.

1) Siehe oben Bd. 3 § 55.

2) Unvererblich sind unter anderem Nießbrauch — vgl. oben Bd. 1 § 246 — und Alimentationsansprüche — oben Bd. 2 § 31. — Ueber die passive Unvererblichkeit der Deliktsansprüche siehe oben Bd. 2 § 129.

Der Besitz dagegen ist unvererblich.[3]

b) Des weiteren verbinden die *Rechtshandlungen des Erblassers* den Erben wie eigene Handlungen.[4] Hat daher der Erblasser Sachen seines künftigen Erben veräußert[5] oder verpfändet,[6] so konvalescirt das vom Erblasser verliehene Recht mit dem Erwerb des Erben.

c) In Folge der Universalsuccession fließen die Vermögen des Erblassers und des Erben zu einer Einheit zusammen. Daher erlöschen Forderungen und dingliche Rechte, die zwischen dem Erblasser und dem Erben bestanden, mit dem Erbschaftserwerbe durch Konfusion.

Immerhin wirkt die historische Thatsache, daß der Nachlaß des Erblassers ein selbständiges Vermögen bildete, auch nach dem Erbschaftserwerb noch fort. Daher muß die Erbschaft noch immer in vielen und wichtigen Beziehungen als eine *Einheit* — ein *Sondervermögen* — behandelt werden.[7] Als ein solches Sondervermögen erscheint die Erbschaft namentlich bei Anordnung eines Universalfideikommisses, ferner im Falle der Separation des Nachlasses auf Antrag der Erbschaftsgläubiger, in gewissem Maße auch, wenn der Erbe die Rechtswohlthat des Inventars hat, und bei der Erbschaftsklage.

§ 170. Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger.[1]

Die Konfusion des Nachlasses mit dem Vermögen des Erben ist den Erbschaftsgläubigern nachtheilig, wenn der Erbe überschuldet, der Nachlaß aber nicht oder doch weniger überschuldet ist. Denn in Folge der Konfusion der Vermögen unterliegen die Erbschaftsgläubiger nunmehr der Konkurrenz der eigenen Gläubiger des Erben und müssen mit diesen im Falle der Eröffnung eines Konkurses über das Vermögen des Erben in das Theil gehen, während sie ohne den Antritt des Erben aus dem Nachlasse vollständige oder doch bessere Befriedigung erwarten durften.

Hierin liegt eine Unbilligkeit, die gesunder Kreditgewährung nicht förderlich ist. Denn der Gläubiger kann bei der Kreditirung nur die

3) Oben Bd. 1 § 182 Anm. 11.

4) Daher der Spruch: „heres facta defuncti praestare debet".

5) Oben Bd. 1 § 216 Anm. 10.

6) Oben Bd. 1 § 267 Anm. 10.

7) Andere Auffassungen hat Brinz Bd. 3 S. 2.

1) Tit. Dig. de separationibus 42, 6, Cod. de bonis auct. judicis possidendis ... et de separationibus 7, 72. Dertmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 17 S. 257. Die in meinem preuß. Privatrecht Bd. 3 § 233 ausgesprochenen Auffassungen sind in einigen Beziehungen hier modificirt.

Person und die Umstände seines Mitkontrahenten prüfen, nicht aber berechnen, wie lange er lebt und wer sein Erbe wird.

Andererseits ist der Vortheil, den die eigenen Gläubiger des Erben auf Kosten der Erbschaftsgläubiger erlangen, ein unverdienter; er würde nicht selten eine Prämiirung ungesunden Kredites bilden.

Diese Erwägungen führten dahin, den Erbschaftsgläubigern *Separation des Nachlasses zu gewähren, damit sie sich aus demselben vorzugsweise befriedigen.*[2] Sie haben dies Recht nicht bloß im Falle des *Konkurses* des Erben, sondern auch, wenn sie sonst durch die Konkurrenz der Gläubiger des Erben gefährdet wären.[3]

1. Jeder einzelne Nachlaßgläubiger ist selbständig zum Antrage auf Separation befugt.[4]

Auch Legatare haben das Separationsrecht, denn auch sie verdienen Befriedigung aus dem Nachlasse vor den Gläubigern des Erben.[5]

2. Der Antrag auf Separation ist ausgeschlossen:

a) wenn der Antragsteller den Erben bereits als Schuldner annahm,[6]

b) wenn die Separation thatsächlich unausführbar wurde, weil die Vermögen unscheidbar verschmolzen sind,[7]

c) nach Ablauf von 5 Jahren von dem Erbschaftserwerb an.[8]

3. Die Separation geschieht durch richterliches Erkenntniß. Zu ihrer Durchführung ist ein Nachlaßkurator zu ernennen, welcher die Gläubiger befriedigt. Ist der Nachlaß überschuldet, so kann Konkurs über ihn eröffnet werden.[9] Ueberschuß über die Erbschaftsschulden kommt natürlich dem Erben, beziehungsweise seinen Gläubigern zu gute.

---

2) l. 1 § 1 D. h. t. 42, 6.

3) Der Prätor versprach die Separation „causa cognita", l. 2 C. h. t. 7, 72. Sie wurde danach vorzugsweise in Fällen des Konkurses des Erben bewilligt, l. 1 §§ 1 und 9, l. 6 D. h. t. 42, 6, aber auch in anderen Fällen, l. 1 §§ 6 und 18 D. h. t.

4) l. 1 § 16 D. h. t. 42, 6.

5) l 6 pr. D. h. t. 42, 6. Den Erbschaftsgläubigern stehen sie natürlich nach.

6) l. 1 §§ 10, 11 und 15 D. h. t. 42, 6. Solche Kreditirung liegt z. B. im Abschluß neuer Zinsverträge mit dem Erben, Annahme eines Bürgen, keineswegs aber schon darin, daß man Zinszahlungen auf verzinsliche Erbschaftsschulden vom Erben annimmt. Offenbar genügt auch nicht Klage gegen den Erben, trotzdem „judicio contrahitur", denn die Klage geschieht „ex necessitate", l. 7 D. h. t. 42, 6.

7) l. 1 § 12 D. h. t. 42, 6.

8) l. 1 § 13 D. h. t. 42, 6.

9) Die Separation hat zur Folge, daß der Nachlaß bezüglich der Nachlaßgläubiger so zu behandeln ist, wie wenn nicht angetreten wäre. Daher kann die Anwendung von K.O. § 202 nicht in Abrede gestellt werden.

4. Die Separation ergreift, was der Erblasser direkt hinterließ, wie auch, was sich aus dem Nachlasse entwickelt hat.

Verfügungen des Erben über den Nachlaß zu Gunsten Dritter bis zur Separation bleiben auch nachher in Kraft, sofern sie nicht im Einverständniß mit dem Dritterwerber dolos zum Nachtheile der Erbschaftsgläubiger vorgenommen wurden.[10]

5. Unter den römischen Juristen war streitig, ob Nachlaßgläubiger, welche die Separation erlangt hatten, wenn sich der Nachlaß hinterher als unzureichend erwies, wiederum den Erben als ihren persönlichen Schuldner mit seinem eigenen Vermögen in Anspruch nehmen können?

Hierfür ließ sich das strenge Recht geltend machen. Aber nachdem die Erbschaftsgläubiger den Erben als ihren Schuldner zurückgewiesen und ihm den Nachlaß entzogen haben, fordert es die Konsequenz, daß auch dieser von ihnen befreit ist. Dies haben daher die späteren römischen Juristen mit Recht angenommen.[11]

6. Haben auch die Gläubiger des Erben das Recht auf Separation des Vermögens des Erben, wenn die Erbschaft, welche ihr Schuldner antrat, insolvent ist und die Konkurrenz mit den Gläubigern des Erblassers ihnen daher Schaden bringt? Was dem Einen recht ist, scheint dem Anderen billig. Dennoch wird eine solche Separation nicht zugelassen,[12] und zwar mit Recht. Denn die Gläubiger des Erben müssen es sich selber zuschreiben, wenn sie einem Schuldner kreditiren, welcher unvorsichtigerweise eine insolvente Erbschaft antritt, wie sie ja überhaupt durch verlustbringende Geschäfte desselben benachtheiligt werden können. Warum haben sie sich mit ihm eingelassen?

---

10) l. 2 D. h. t. 42, 6. Die Worte „si nulla fraudis incurrat suspicio" sind auf den Fall einer Kollusion mit dem Dritterwerber zu beziehen. — Die Bestimmung der l. 1 § 3 D. h. t. 42, 6, wonach die separirenden Nachlaßgläubiger den Vorzug vor solchen Gläubigern haben, welche bona fide Nachlaßsachen vom Erben zum Pfande erhielten, ist mit dem heutigen Pfandrechte nicht mehr vereinbar.

11) Die Entscheidungen der römischen Juristen widersprechen sich. Der Widerspruch ist historisch zu erklären. Da der Erbe an sich Schuldner der Nachlaßgläubiger geworden ist, glaubte ihn die Jurisprudenz ursprünglich seiner persönlichen Haftung trotz des Separationsgesuches des Gläubigers nicht entbinden zu können. Auf diesem Standpunkte stand noch Papinian, welcher sich daher nur für eine Beschränkung der Rechte der Nachlaßgläubiger aussprach, l. 3 § 2 D. h. t. 42, 6. Paulus dagegen in der l. 5 D. eod. wie auch Ulpian in der l. 1 § 17 D. eod. gingen weiter und behandelten mit Recht das Separationsgesuch des Gläubigers als Verzicht auf die persönliche Inanspruchnahme des Erben. Die Ansichten der Neueren sind getheilt. Windscheid Bd. 3 § 607 Anm. 10 z. B. will gegenüber dem Widerspruche der Quellen dabei stehen bleiben, daß der Erbe Schuldner der Erbschaftsgläubiger geworden ist.

12) l. 1 § 2 D. h. t. 42, 6.

§ 171. Die Rechtswohlthat des Inventars.[1]

Der Erbe haftet den Erbschaftsgläubigern persönlich, auch wenn der Nachlaß überschuldet ist.[2]

Auch in der älteren Zeit fehlte es nicht ganz an Hülfe gegen die hieraus erwachsenden Nachtheile. Der Erbe konnte, falls sich nach dem Erbschaftserwerbe eine nicht voraussehbare Schuldenlast ergab, wegen entschuldbaren Irrthums *Restitution* erlangen, und Soldaten gab man seit Gordian ohne Weiteres Restitution, wenn sich Ueberschuldung des Nachlasses herausstellte.[3] Doch Ausnahmen vom Principe lagen hierin nicht. Denn die so Begünstigten hörten in Folge der Restitution auf Erben zu sein, waren also keineswegs Erben mit beschränkter Haftung.

Erst Justinian führte mittels der Rechtswohlthat des Inventars eine beschränkte Haftung der Erben ein.[4] Wenn nämlich der Erbe — welcher sich *nicht* eine Ueberlegungsfrist erbittet[5] — ein Inventar, d. h. ein Verzeichniß der Nachlaßobjekte, rechtzeitig und in gehöriger Form errichtet, soll er den Nachlaßgläubigern nur auf den Betrag des Nachlasses verpflichtet sein.

Hierdurch näherte sich das jüngste römische Erbrecht in merkwürdiger Weise dem älteren deutschen Rechte, in welchem der Gedanke überwog, daß der Erbe den Erbschaftsgläubigern nur mit dem Nachlasse verpflichtet sei.

1. Die Rechtswohlthat wird durch die rechtzeitige Errichtung des Inventars erworben. Es bedarf keiner besonderen Erklärung hierüber, noch auch einer speciellen Verleihung durch die Obrigkeit.

Erforderlich ist Beginn der Inventarisirung binnen 30 Tagen von Kenntniß der Berufung an, und Vollendung des Inventars binnen weiterer 60 Tage. Die Frist erstreckt sich auf ein Jahr vom Tode des Erblassers an, wenn der Wohnsitz des Erben von dem Orte ent-

---

1) Buchholtz in Lindes Zeitschrift Bd. 10 S. 402, Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 355, siehe ferner Hofmann in Grünhuts Zeitschrift Bd. 8 S. 555.

2) l. 8 pr. D. de a. vel o. her. 29, 2. Ulpianus libro 7 ad Sabinum . . . hereditas autem, quin obliget nos aeri alieno etiam si non sit solvendo, plus quam manifestum est.

3) § 6 J. de heredum qualitate 2, 19.

4) l. 22 C. de jure deliberandi 6, 30 aus dem Jahre 531, § 6 J. de her. qualitate 2, 19 und nov. 1 cap. 2.

5) l. 22 § 14 C. h. t. 6, 30. Also verordnete Justinian, weil er die Deliberationsfrist, die er nicht gerade beseitigen wollte, den Erben zu verleiden dachte. Vgl. oben Bd. 3 § 164.

fernt ist, an welchem sich der Nachlaß mindestens zum größeren Theile befindet.

Bei der Errichtung ist ein Notar und es sind die ortsanwesenden Gläubiger und Legatare, in Ermangelung solcher 3 ortsansässige Zeugen zuzuziehen.[6]

Der Erbe und der Notar müssen unterschreiben. Der Erbe hat einen Offenbarungseid zur Bekräftigung des Inventars auf Verlangen der Erbschaftsgläubiger und Legatare zu leisten.

Soldaten soll Versäumniß der Frist und Verfehlung gegen die Form nicht schaden.[7]

In der deutschen Praxis wird die Rechtswohlthat meist durch die Erklärung bei Gericht, daß man sub beneficio inventarii antrete, gewahrt, worauf das Gericht das Inventar aufnimmt.[8]

2. Die Verpflichtung des s. g. Inventarerben — Beneficialerben — beschränkt sich auf die Mittel des Nachlasses.

Der Nachlaß ist dabei zu berechnen nach Abzug der Kosten der Inventarisirung und der Liquidation der Erbschaft, sowie der Kosten der Beerdigung des Erblassers. Forderungen, die der Erbe gegen den Erblasser hatte, mindern die Masse,[9] Forderungen des Erblassers gegen den Erben vermehren sie.

Bei der Durchführung der Rechtswohlthat ergeben sich schwierige Probleme.

a) Es wäre denkbar, daß vollständige Separation des Nachlasses vom Vermögen des Erben bis zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger einträte.

Hiervon ist gemeinrechtlich nicht die Rede. Insbesondere verfügt der Erbe frei über den Nachlaß.[10] [11]

Nur in einzelnen Partikularrechten kommt es zur Separation der

6) Wo private Inventarisirung durch den Erben in Uebung ist, sind die Formen derzeit einfachere, siehe Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 362.

7) l. 22 § 15 C. h. t. 6, 30.

8) Seuffert, praktisches Pandektenrecht § 572 am Ende.

9) l. 22 § 11 C. h. t. 6, 30.

10) Der Inventarerbe war nach l. 22 C. cit. sogar befugt, verpfändete Nachlaßsachen pfandfrei zu veräußern und daraus Nachlaßgläubiger und Legatare zu befriedigen. Die hierdurch expropriirten Hypothekare hatten nur eine condictio gegen diejenigen Personen, welche aus dem Erlöse befriedigt waren; gegen die Käufer der Pfänder hatten sie keine Ansprüche. Dernburg, Pfandrecht Bd. 2 S. 594. Derzeit ist dies in Folge der Entwickelung des Pfandrechtes antiquirt.

11) Während der Errichtung des Inventars dürfen weder die Erbschaftsgläubiger noch die Legatare die Erben gerichtlich betreiben oder zum Pfandverkauf verpfändeter Nachlaßsachen schreiten, l. 22 § 11 C. h. t. 6, 30. Die C.P.O. § 696 Abs. 2 hat dies für die Zwangsvollstreckung aufrecht erhalten.

Erbschaft, so daß das Gericht den Nachlaß in Beschlag nimmt und die Abwickelung der Erbschaftsgeschäfte besorgt.

b) Eine Hauptfrage ist, ob der Erbe bloß mit den Nachlaßobjekten für die Nachlaßschulden haftet, oder ob sich die Rechtswohlthat darauf beschränkt, daß er nur auf Höhe des Betrages des Nachlasses verpflichtet ist.

Das letztere ist justinianisches Recht. Die Nachlaßgläubiger können also auch aus dem eigenen Vermögen des Erben ihre Befriedigung entnehmen und dasselbe pfänden. Nur die Summe, welche sie vom Inventarerben beitreiben können, ist durch den Werthbetrag des Nachlasses beschränkt.[12]

Die gemeinrechtliche Praxis ist aber einen erheblichen Schritt weiter gegangen. Nach ihr haftet der Beneficialerbe nur mit den Nachlaßobjekten den Nachlaßgläubigern. Diese können also Exekution nur in die Nachlaßobjekte betreiben. Soweit jedoch aus dem Nachlaß Werthe in das eigene Vermögen des Erben geflossen sind, kann er auch persönlich aus diesem Vermögen in Anspruch genommen werden.[13]

c) Es fragt sich, ob der Beneficialerbe die Nachlaßgläubiger unter Berücksichtigung ihrer konkursmäßigen Priorität zu befriedigen hat, so daß er hierfür persönlich verantwortlich ist, oder ob er sie befriedigen kann, wie sie sich melden, ohne alle Rücksicht auf Vorzugsrechte.

Das letztere ist das System des justinianischen Rechtes. Dem Erben wird also die schwierige Aufgabe, die Priorität der Nachlaßforderungen festzustellen, nicht aufgebürdet.[14]

Hat er jedoch Legatare vor Erbschaftsgläubigern befriedigt, so können die letzteren das den Legataren Gezahlte kondiciren.[15]

---

12) l. 22 § 4 C. h. t. 6, 30 „ut in tantum creditoribus hereditariis teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant".

13) Hiernach bestimmt R.G. Bd. 1 S. 98 als rechtliche Wirkung des Erwerbes unter dem beneficium inventarii, „daß die Erben in Folge dessen nicht unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen, sondern nur mit der Erbschaft für die Erbschaftsschulden haften, und daß die Erbschaftsgläubiger zum Zweck ihrer Befriedigung zunächst nur die zur Erbschaft gehörenden Vermögensstücke angreifen dürfen". In gleicher Weise entscheidet das R.G. Bd. 8 S. 269 in einer preußischen Sache die Streitfrage, ob der „Erbschaftsgläubiger seine Befriedigung aus dem Nachlasse suchen muß, oder ob der Erbe für die Erbschaftsschulden persönlich mit seinem ganzen Vermögen, aber nur bis zum Betrage des Nachlasses haftet", in ersterem Sinne. Vgl. G. Cassо, die Haftung des Beneficialerben, Berliner Inauguraldiss. 1890.

14) l. 22 § 4a C. h. t. 6, 30. Et eis satisfaciant, qui primi veniant creditores, et si nihil reliquum est posteriores venientes repellantur et nihil ex sua substantia penitus heredes amittant.

15) l. 22 § 5 C. cit. Windscheid Bd. 3 § 606 Anm. 11 will dem privilegirten Gläubiger das Recht geben, das den Nichtprivilegirten Gezahlte zurückzufordern, dagegen verweigert er dem gewöhnlichen Gläubiger eine ratuelle Rückforderung gegen-

Partikularrechtlich nimmt nicht selten das Gericht die Sache in die Hand und befriedigt die Gläubiger nach ihrem Vorzuge im Konkurse.[16]

Gemeinrechtlich bleibt es dem einzelnen Gläubiger überlassen, im Falle der Insolvenz des Nachlasses Konkurs über denselben zu beantragen.[17]

II. Die Klagen des Erben.

§ 172. Die Erbschaftsklage.[1]

Die Erbschaftsklage — hereditatis petitio — ist die Vindikation des Nachlasses durch den Erben.[2][3] Ihr Grund ist das Erbrecht des Klägers, ihr Gegenstand die Herausgabe des Nachlasses.

1. Kläger ist der Erbe, sowie wer an Erbesstatt steht,[4] also der

über anderen vollbefriedigten gewöhnlichen Gläubigern. Dies ist nicht folgerecht. Es entspricht auch dem Worte und dem Sinne der Verordnung Justinians nicht. Von den Hypothekarien, deren dingliches Recht an der Pfandsache durch deren pfandfreien Verkauf seitens des Erben expropriirt wurde, kann ein Schluß auf bloß privilegirte Chirographargläubiger gewiß nicht gemacht werden. So auch Brinz a. a. O. S. 212 Anm. 16.

16) Seuffert, praktisches Pandektenrecht § 572 a. E.

17) K.O. § 205.

1) Tit. Dig. de hereditatis petitione 5, 3, Cod. de pet. her. 3, 31; Arndts, Wesen und Umfang der her. pet. in seinen Beiträgen S. 81 und civ. Schriften Bd. 2 n. 47; Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen 1852; Zimmermann im Archiv f. civ. Praxis Bd. 29 n. 6 und 15; Francke, exegetisch-dogmatischer Kommentar über den Pandektentitel de hereditatis petitione 1864; Ruhstrat im Archiv f. civ. Praxis Bd. 67 n. 10: über die Rechtsverhältnisse der Erbschaftsbesitzer; Brinz Bd. 3 S. 214; Pfersche, privatrechtl. Abhandlungen 1886: „die Erbschaftsklage" S. 244; Lammfromm, zur Geschichte der Erbschaftsklage 1887, dazu Pfersche in Gruchots Beitr. Bd. 17 S. 389.

2) Arndts, Beiträge a. a. O. S. 15 betrachtet die hereditatis petitio als Vindikation des „Erbrechtes" des Klägers, vgl. auch Arndts, Pand. § 531. Sie ist aber vielmehr die Vindikation des „Nachlasses". Die Gründe sind bei Dernburg a. a. O. S. 18 ausgeführt. So auch Francke a. a. O. S. 2, Windscheid Bd. 3 § 611 Anm. 3. Es ist übrigens auch eine Feststellungsklage bezüglich der Frage, ob Kläger Erbe sei, zulässig, wenn Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung hat. Diese Klage kann auch anstellen, wer im vollen Besitze des Nachlasses ist, nicht minder kann sie gegen einen Nichtbesitzer von Nachlaßobjekten erhoben werden. Sie ist aber keine „hereditatis petitio".

3) Die Formel der hereditatis petitio hat Lenel, edictum S. 140 folgendergestalt restituirt: „Si paret hereditatem q. d. a. ex jure Quiritium A^i A^i esse, quidquid N^m N^m ex ea hereditate pro herede aut pro possessore possidet, si arbitrio tuo id non restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam N^m N^m A^o A^o c. s. n. p. a." Die Fassung der intentio ist nicht zweifelhaft. Ob aber auch die Bedingungen der Passivlegitimation des Beklagten in der Formel Aufnahme fanden, ist bestritten. Es spricht hierfür vorzugsweise, daß die Klage gegen einen Käufer der Erbschaft vom Nichterben durchweg als „utilis" bezeichnet wird.

4) Auch dem bonorum possessor war eine hereditatis petitio utilis gegeben, die s. g. possessoria Tit. Dig. 5, 5. Vgl. hierüber Lenel, edictum S. 141.

Universalfideikommissar nach der Restitution der Erbschaft,[5] der Fiskus und der Erbschaftskäufer vom Fiskus.[6]

Theilerben vindiciren ihren ideellen Antheil.[7]

2. Beklagter ist, wer den Nachlaß[8] im Widerstreite mit dem Erbrechte des Klägers besitzt. Daher:

a) wer „pro herede" besitzt, d. h. als angeblicher Erbe oder auch als angeblicher Universalfideikommissar[9] oder Käufer der Erbschaft.[10]

Auch wer weiß, daß er Nichterbe ist, sich aber für den Erben ausgiebt, ist als Besitzer pro herede belangbar.[11]

b) Ferner ist belangbar, wer „pro possessore" besitzt, d. h. offenbar ohne Rechtsgrund, also ohne Erbrecht oder einen sonstigen, wenigstens scheinbaren und vermeinten Titel vorschützen zu können.[12] [13]

Die Universalsuccessoren dieser Personen haften wie diese, wenn sie im Besitze des Nachlasses sind.[14]

---

5) Tit. Dig. de fideicommissaria hereditatis petitione 5, 6. Die Erbschaftsklage des Universalfideikommissars geht nicht gegen den Fiduciar, l. 3 § 1 D. h. t. Der Universalfideikommissar muß gegen diesen mit der Klage aus dem Fideikommiß auftreten.

6) l. 54 pr. D. h. t. 5, 3. Andere Erbschaftskäufer müssen sich die Klage erst vom Verkäufer cediren lassen. Vgl. übrigens Brinz S. 217.

7) Tit. Dig. si pars hereditatis petatur 5, 4. Siehe unten § 174.

8) l. 9, l. 10 pr. D. h. t. 5, 3. Es genügt, daß der Gegner „rem hereditariam minimam" besitzt.

9) l. 20 § 13 D. h. t. 5, 3.

10) l. 13 §§ 4 und 5 D. h. t. 5, 3. Vgl. Francke a. a. O. S. 165.

11) Die l. 11 D. h. t. 5, 3 von Ulpian bezeichnet als Besitzer pro herede auch den „qui scit se heredem non esse" nach der Meinung, die schon Proculus vertrat, und hiermit stimmt l. 12 D. eod. — unten Anm. 12 — überein. Andere, z. B. Gajus Inst. IV § 144, definirten dagegen „pro herede possidere videtur, qui putat se heredem esse". Danach wäre ein unredlicher Beklagter possessor pro possessore. Die erstere Definition ist die ältere und sie ist die herrschende geblieben. Anders Fitting im Archiv f. civ. Praxis Bd. 52 S. 242. Es handelt sich übrigens nur um schulmäßige Begriffsbestimmungen. Ein praktischer Unterschied besteht nicht. Denn wer sich wissentlich falsch für den Erben ausgiebt, haftet als bösgläubiger Besitzer mit der Erbschaftsklage, mag man ihn nun als Besitzer „pro herede" oder „pro possessore" bezeichnen.

12) l. 11 ff. D. h. t. 5, 3. Ulpianus ad edictum: Pro possessore vero possidet praedo — qui interrogatus, cur possideat, responsurus sit „quia possideo", nec contendet se heredem vel per mendacium — nec ullam causam possessionis possit dicere; et ideo fur et raptor petitione hereditatis tenentur.

13) l. 13 § 1 D. h. t. 5, 3, l. 14 § 2 D. quod metus causa 4, 2 ergeben, daß ein Besitzer, welcher sich nur auf einen nichtigen Titel berufen kann, dessen Nichtigkeit er kennen muß, als Besitzer pro possessore gilt und daher der Erbschaftsklage unterliegt. R.G. Bd. 10 S. 162.

14) l. 13 § 3 D. h. t. 5, 3.

Wer titulo singulari besitzt, d. h. auf Grund eines wirklichen oder vermeinten besonderen Titels, unterliegt dagegen der Erbschaftsklage nicht.[15]

Prozessualisch gestaltet sich die Behauptung eines singularen Titels zu einer Einrede, welche der beklagte Besitzer behaupten und beweisen muß.[16]

Wer den Nachlaß für einen Anderen besitzt, war in Rom mit der hereditatis petitio nicht belangbar.[17] In der gemeinrechtlichen Praxis wird die Erbschaftsklage aber gegen Nachlaßkuratoren und Testamentsexekutoren ertheilt, da dies praktisches Bedürfniß ist.

---

15) l. 4 C. in quibus causis cessat longi temporis praescr. 7, 34.

16) Es ist dies eine Kardinalfrage, welche über den praktischen Werth der Erbschaftsklage entscheidet. Viele Schriftsteller nehmen an, dem Kläger liege der Beweis ob, daß der Beklagte nicht titulo singulari besitze, wenn er derartigen Besitz vorgebe, insbesondere betrachteten sie es als Sache des Klägers, zu beweisen, „daß der Beklagte selbst nicht an die Wahrheit seines Titels glaube". So u. A. Windscheid Bd. 3 § 615 Anm. 14. Man geht eben davon aus, daß der Besitz des Beklagten entweder „pro herede" oder „pro possessore" Voraussetzung der Erbschaftsklage sei, und daß der Kläger die Voraussetzungen seines Klagerechtes zu beweisen habe. Aber solche schematische Vertheilung der Beweislast ist in vielen Fällen unzutreffend und so namentlich auch in dem unseren. Man denke nur: der Kläger hat bewiesen, daß er der Erbe ist, und weiter, daß der Beklagte Nachlaß in Händen hat. Da scheint die Verurtheilung des letzteren doch unausweichlich, wenn er nichts zu seiner Vertheidigung beweisen kann. Weit gefehlt, der Kläger soll nach der Gegenansicht noch weiter nachweisen, daß der Beklagte keinen singularen Titel für seinen Besitz habe, ein Beweis, der kaum zu erbringen ist. Das heißt den Kläger auf das unbilligste beschweren! Kein Wunder, daß die Praxis die Ansicht der Gegner zurückweist, so namentlich auch R.G. Bd. 10 S. 163. Auch die Quellen unterstützen unsere Auffassung. Wir finden einen Beleg für dieselbe in der l. 11 C. h. t. 3, 31, entnommen der l. 12 C. Theod. de fide testium 11, 39. Allerdings spricht sich diese Verordnung unpräcis aus, sie wird daher von den Neueren meist auf andere Verhältnisse bezogen, vgl. Demelius, die confessio im römischen Civilprozeß S. 343. Aber die zeitgenössische Interpretation, welche in die westgothische Sammlung überging, las aus ihr heraus, daß der mit der hereditatis petitio Belangte den von ihm behaupteten Titel zu beweisen habe: lex ista hoc praecipit, ut probatio non a possessore, sed a petitoris partibus requiratur. praeter illum tantum casum, ubi interrogari necesse est possidentem, utrum ex sua persona an ex successione coeperit possidere. Ruft doch auch die l. un. C. Theod. quorum bonorum 4, 21, welche der l. 3 C. quorum bonorum 8, 2 zu Grunde liegt, aus: Quid jam planius, quam ut heredibus traderentur quae in ultimum usque diem defuncti possessio vindicasset. In der l. 3 C. cit. wird bestimmt, daß der mit dem interdictum quorum bonorum Belangte, wenn er Nachlaßsachen nach dem Tode des Erblassers auf Grund eines angeblich schon zu Lebzeiten des Erblassers vorhandenen Titels okkupirte, zu deren Herausgabe verpflichtet ist und seine Ansprüche wegen derselben mit besonderen Klagen geltend zu machen hat. Was so zu Gunsten des bloßen bonorum possessor festgesetzt ist, muß um so gewisser dem Erben zu gute kommen, welcher sein Erbrecht mit der Erbschaftsklage bewiesen hat. Anders Ubbelohde, die possessorische Funktion des interdictum quorum bonorum im Archiv für civ. Praxis Bd. 70 S. 42 und die Interdikte bei Glück Th. 3 S. 47, Windscheid Bd. 3 § 614 Anm. 5.

17) l. 13 § 12 D. h. t. 5, 3 enthält immerhin einen Ansatz zu einer entgegengesetzten Behandlung.

Zum Besitze in dem hier gedachten Sinne genügt, daß der Beklagte irgend eine Sache oder einen Werth aus dem Nachlasse innehat. Es macht keinen Unterschied, ob diese Objekte unmittelbar aus der Hinterlassenschaft des Erblassers stammen, oder sich erst aus ihr entwickelten oder an Stelle ihrer ursprünglichen Bestandtheile getreten sind. Mit der Erbschaftsklage kann auch der Schuldner des Erblassers belangt werden, welcher sich unter der Behauptung, Erbe zu sein, der Zahlung der Erbschaftsschuld weigert, deren Existenz er anerkennt.[18]

Nichtbesitzer haften wie Besitzer als s. g. ficti possessores:[19]

a) wenn sie zur Vereitelung der Klage den Besitz dolos vor dem Prozeßbeginne aufgaben. Dies sanktionirte das S. C. Juventianum,[20]

b) wenn sie sich doloserweise als Besitzer ausgaben, um den Prozeß auf sich zu ziehen.[21]

3. Gegenstand der Erbschaftsklage ist der Nachlaß, soweit ihn der Beklagte besitzt oder besitzen müßte.

Und zwar gilt der Gegenstand der Klage als besonderes Vermögen, welches Vermehrungen und Verminderungen erleidet und dessen Bestandtheile Veränderungen unterworfen sind.[22]

a) Zu den ursprünglichen Bestandtheilen, welche zu restituiren sind, gehört Alles, was der Erblasser im juristischen Besitze hatte, selbst unredlicherweise vom Erblasser Erworbenes.[23] Was der

18) l. 13 §§ 15 ff. D. h. t. 5, 3.

19) Vgl. oben Bd. 1 § 225 Anm. 17 ff.

20) Das am 14. März des Jahres 129 auf Grund einer Oratio von Hadrian erlassene Senatuskonsult pflegt man S. C. Juventanium zu nennen, weil P. Juventius Celsus zu den Konsuln des Jahres gehörte. In den Quellen wird das S. C. aber nie so bezeichnet. Die wichtigsten und allgemeinsten Bestimmungen enthält l. 20 § 6 c D. h. t. 5, 3: Item eos, qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent: eos autem qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent.

21) l. 13 § 13, l. 45 D. h. t. 5, 3.

22) Andere Auffassungen sucht zu vertreten F. Schröder, das Commodum bei der Erbschaftsklage 1876.

23) Vgl. Übbelohde bei Glück, Interdikte Th. 3 S. 62. Unter den Neueren vertheidigt diese Behauptung einzig Ihering, über den Grund des Besitzesschutzes S. 85 ff.; Gegner sind Windscheid Bd. 3 § 612 Anm. 1 und die dort citirten Schriftsteller. Es ist jedoch zu bedenken, daß der Erbe des Diebes in Folge der condictio furtiva wie der Dieb selbst haftet, und daß er diese Klage nur durch Realoblation des Gestohlenen abwenden kann. In Folge dessen hat er ein rechtliches Interesse daran, in den Besitz der von seinem Erblasser gestohlenen Objekte zu kommen. Der Nachlaß ist ihm daher nicht vollständig restituirt, wenn dieselben nicht gleichfalls herausgegeben werden. Natürlich gilt dies aber dann nicht, wenn der Beklagte selbst der Bestohlene war.

Erblasser in fremdem Namen besaß, ist dem Erben gleichfalls zu restituiren, wenn er an der Herausgabe ein Interesse hat.[24]

b) Erweiterungen der Nachlaßobjekte durch Zuwachs und Früchte sowie Zinsen, vermehren den zu restituirenden Nachlaß.[25]

c) Objekte, die im Interesse des Nachlasses und zu dessen Bedürfniß angeschafft wurden, namentlich mit Erbschaftsgeldern, fallen dem Nachlasse gleichfalls zu und sind mit ihm herauszugeben.[26]

d) Endlich gehören zum Nachlasse an Stelle der ursprünglichen Nachlaßbestandtheile getretene Gelder und Geldansprüche, insbesondere die Kaufpreise für veräußerten Nachlaß — pretium succedit in locum rei.[27]

4. Das S. C. Juventianum hat einen wesentlichen Unterschied zwischen der Restitutionspflicht des redlichen und des unredlichen Erbschaftsbesitzers geschaffen.[28]

a) Der redliche Besitzer hat nicht mehr zu erstatten, als er durch den Nachlaß im Ganzen zur Zeit seiner Verurtheilung bereichert ist.[29]

Jedoch haftet er vom Prozeßbeginne an gemäß der allgemeinen Grundsätze für jede Schuld,[30] daher insbesondere auch für schuldhafterweise versäumte Früchte.

b) Der unredliche Besitzer hat nicht bloß zu erstatten, was er vom Nachlasse besitzt. Er haftet vielmehr von der Besitznahme, beziehungs-

---

24) l. 19 pr. D. h. t. 5, 3.

25) l. 20 § 3, l. 25 § 20, l. 30, l. 56 D. h. t. 5, 3. Der gutgläubige Besitzer der Erbschaft behält daher den Werth konsumirter Früchte keineswegs schlechthin, hat ihn vielmehr zu erstatten, soweit er durch denselben bereichert ist, l. 40 § 1 D. h. t. 5, 3. Ganz anders steht der mit der rei vindicatio belangte gutgläubige Besitzer einer Einzelsache.

26) l. 20 pr. § 1 D. h. t. 5, 3.

27) l. 22 D. h. t. 5, 3 enthält ein bezügliches Bruchstück der Oratio Hadriani: „Dispicite patres conscripti, numquid ait aequius, possessorem non facere lucrum et pretium, quod ex aliena re perceperit reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium ejus successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.“ Vgl. l. 16 §§ 1, 2, 4, 5, 7 D. h. t. 5, 3.

28) l. 20 § 6 D. h. t. 5, 3 abgedruckt oben Anm. 20. Darüber, daß der Gegensatz erst durch das S. C. Juventianum geschaffen wurde, vgl. Lammfromm a. a. O. S. 96.

29) l. 36 § 4 D. h. t. 5, 3. Ueber die Frage, unter welchen Umständen eine Bereicherung des redlichen Erbschaftsbesitzers anzunehmen ist, vgl. vorzugsweise l. 25 § 11 D. h. t. 5, 3. Manche Entscheidungen von römischen Juristen, insbesondere von Julian, welche vor dem S. C. Juventianum gegeben waren, und die mit dessen Princip nicht stimmen, hat übrigens Ulpian einfach übernommen, wofür sie sich in der Kompilation Justinians finden. Es gehört hierher l. 20 § 18 D. h. t. 5, 3: nam et Julianus libro sexto digestorum scribit, quod indebitum exegit, restituere eum non debere nec imputaturum quod non debitum solvit.

30) l. 40 pr. D. h. t. 5, 3, oben Bd. 1 § 154 Anm. 11.

weise der Kenntniß seines Unrechtes an für nachlässige Behandlung der Nachlaßsachen.[31] Wenn er Nachlaßsachen ohne zwingende Gründe veräußert, so kann der Erbe nach seiner Wahl von ihm entweder den Werth dieser Sachen oder den erlösten Kaufpreis fordern.[32]

Nach der Klageerhebung steht der unredliche Besitzer selbst für Zufall entsprechend allgemeinen Grundsätzen ein.

5. Bezüglich der Verwendungen des Besitzers auf den Nachlaß ist gleichfalls zu unterscheiden:

a) Der redliche Erbschaftsbesitzer hat wegen aller Auslagen, die er bis zur Erhebung der Klage machte, das Recht der Retention des Nachlasses, beziehungsweise eines Abzuges.

Dies bezieht sich wie auf nothwendige und nützliche, so nicht minder auf verschwenderische und zwecklose Ausgaben. Denn auch diese haben seine Bereicherung aus dem Nachlasse vermindert. Auslagen nach der Klageerhebung geben ihm aber nur dann Ansprüche, wenn sie nothwendig oder nützlich waren, denn nunmehr kann der Gegner alle Sorgfalt von ihm beanspruchen.

b) Der unredliche Erbschaftsbesitzer hat nicht bloß wegen nothwendiger Auslagen Retentionsansprüche, wie der mit der rei vindicatio belangte Verklagte, vielmehr auch wegen nützlicher, soweit ihr Produkt noch vorhanden ist.[33]

§ 173. Fortsetzung. Der Beweis bei der Erbschaftsklage.

Der Kläger der Erbschaftsklage hat zu beweisen:

1. sein Erbrecht, daher vor Allem den Tod, beziehungsweise die gerichtliche Todeserklärung des Erblassers; des weiteren seine Berufung.

Daß er die Erbschaft angetreten, hat der Kläger in der Mehrzahl der Fälle um deswillen nicht zu beweisen, weil in der Erhebung der Erbschaftsklage der Erbschaftsantritt liegt, wenn er nicht bereits früher geschah.[1]

a) Stützt sich der Erbschaftskläger auf ein Testament, so hat er

---

31) l. 95 §§ 2—6 D. h. t. 5, 3.

32) l. 36 § 3 D. h. t. 5, 3.

33) l. 38, l. 39 D. h. t. 5, 3.

1) Windscheid bemerkt Bd. 3 § 615 Anm. 2: Die Thatsache des Erbschaftsantrittes habe der Erbschaftskläger „nur" zu beweisen, wenn der Erblasser hierfür eine besondere Frist oder Form angeordnet hat. Jener Beweis liegt ihm aber auch

dessen rechtsbeständige Errichtung darzuthun. Hierzu genügt die Beibringung einer äußerlich formgerechten Testamentsurkunde. Nichtigkeit oder Fehlerhaftigkeit des Testaments, z. B. wegen Geisteskrankheit des Testators, hat der Beklagte im Wege des Gegenbeweises darzuthun.[2]

Unrichtig ist die Meinung, daß der Beweis eines mündlichen Testamentes nur durch die Aussage der sämmtlichen zugezogenen Zeugen oder eine von ihnen sämmtlich unterzeichnete Urkunde geführt werden könne.[3] Vielmehr ist der Beweis auch mündlicher Testamente ein freier.

b) Behauptet der Kläger Intestaterbrecht, so muß er beweisen, daß er der nächste Intestaterbberechtigte[4] als Verwandter oder Ehegatte des Erblassers zur Zeit der Berufung war. Der Beweis wird heute regelrecht durch standesamtliche Bescheinigungen erbracht.

Der Beklagte kann den Gegenbeweis führen, daß er selbst, oder daß ein Dritter näherer Intestaterbe oder Testamentserbe sei.

2. Der Kläger hat den Nachlaßbesitz des Beklagten zu beweisen, ferner muß er dessen bösen Glauben darthun, wenn er hierauf Rechte stützt.[5]

Steht es fest, daß der Beklagte in den Besitz des Nachlasses gekommen ist, so liegt ihm die Aufstellung eines Nachlaßverzeichnisses und dessen Bekräftigung durch einen Offenbarungseid ob. Ja, man legt ihm einen Offenbarungseid selbst dann auf, wenn Gründe zu der Annahme vorhanden sind, daß er Nachlaßsachen hinter sich hat. Dahin rechnet man namentlich, daß eine häusliche Gemeinschaft oder ein ähnliches Verhältniß zwischen dem Erblasser und dem Beklagten zur Zeit des Eintrittes des Erbfalles bestand.[6]

---

namentlich dann ob, wenn er als Erbe des Berufenen klagt, ohne daß er ein Transmissionsrecht hat.

2) l. 5 C. de codicillis 6, 36. — Brinz Bd. 3 S. 231 wirft die Frage auf, ob der Kläger die Echtheit der Unterschriften des Testaments beweisen müsse. Für die Unterschrift des Erblassers ist dies ausgeschlossen durch C.P.O. § 381.

3) So Windscheid Bd. 3 § 615 Anm. 10 und dort Citirte. Für die Gegenansicht führt man an, daß die Zeugen nicht bloß dazu da seien, das Testament anzuhören, sondern auch Zeugniß über dasselbe abzulegen. Das beweist aber nicht, daß der Beweis nur durch ihr Zeugniß oder gar nur durch ihrer aller Zeugniß geführt werden kann. Nach der Gegenansicht wäre konsequent auch der Beweis des schriftlichen Testamentes nur durch die 7 Zeugen zu führen, was auf ältere, längst überwundene Ansichten hinauskommen würde. Derzeit erledigt die Frage C.P.O. § 259 und Einführungsgesetz zur C.P.O. § 14 Abs. 2, was allerdings Windscheid in Abrede stellt.

4) Auch dies ist bestritten, Windscheid a. a. O. Anm. 13.

5) Daß es Sache des Beklagten ist, darzuthun, daß er Nachlaßobjekte titulo singulari besitzt, darüber vgl. oben Bd. 3 § 172 Anm. 16.

6) Offenbar ist es etwas Außerordentliches, daß Kläger den Manifestationseid des Beklagten zum Beweise seiner Passivlegitimation benutzt, wie Wach in der Zeit-

Demgemäß löst sich der Erbschaftsprozeß meist in ein doppeltes Verfahren auf. Der Kläger fordert zunächst, gestützt auf sein Erbrecht, vom Beklagten die Legung eines Nachlaßverzeichnisses. Ueber den Umfang der Verpflichtung des Beklagten wird dann in einem sich an das Nachlaßverzeichniß anschließenden Rechnungsprozesse verhandelt.

§ 174. Singularklagen des Erben und gegen den Erben.[1]

1. Der Erbe hat als Eigenthümer der Nachlaßsachen Einzelvindikationen auf dieselben, wenn sie in fremdem Besitze sind, nicht minder als Gläubiger der Erbschaftsforderungen die bezüglichen Forderungsklagen — die s. g. erbschaftlichen Singularklagen.

An sich stehen ihm diese Klagen selbst gegen Erbschaftsbesitzer pro herede oder pro possessore zu.

Der Prätor jedoch gab Erbschaftsbesitzern, welche statt mit der Erbschaftsklage mit derartigen Singularklagen vom Erben belangt wurden, eine exceptio „ne praejudicium fiat hereditati".[2]

Dies hatte vor Allem prozessualische Gründe. Denn die Kognition der Centumvirn, welchen die Erbschaftsklage unterstand, sollte nicht dadurch umgangen werden, daß der Kläger Einzelklagen anstellte, welche vor Einzelrichter gehörten. Ferner schien es ungehörig, den Erbschaftsbesitzer durch mehrfache Einzelklagen, statt der einzigen Erbschaftsklage, zu vexiren.

Die Einrede hat aber auch materielle Bedeutung. Denn die Rechtsstellung des Beklagten — insbesondere des redlichen Besitzers — ist bei der Erbschaftsklage eine vielfache günstigere, als im Falle der Erhebung von einzelnen Vindikationen, und diese bessere Stellung soll der Kläger nicht durch Anstellung von Singularklagen zunichte machen. Deshalb vor Allem hat die Einrede auch noch derzeit Anwendbarkeit.[3]

schrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 467 mit Recht hervorhebt. Dennoch hat sich dies als praktisch unentbehrlich in der deutschen Praxis festgestellt. Vgl. freilich über Mißstände, die sich daraus ergeben können, Zimmermann im Archiv für civ. Praxis Bd. 29 S. 464. Zu weit geht es, wenn Wetzell, Civilprozeß § 28, um den Manifestationseid zu verlangen, für genügend erachtet, „daß sich der Beklagte zur Todeszeit oder kurz nachher im Sterbehause des Erblassers aufgehalten hat". Vgl. R.G. Bd. 8 S. 165, welches häusliche Gemeinschaft oder analoge Verhältnisse fordert.

1) Dernburg, über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen 1852.

2) l. 5 § 2 D. h. t. 5, 3, l. 13 D. de exceptionibus 44, 1. Ueber die letztere Entscheidung vgl. Dernburg a. a. O. S. 54; Bülow, Prozeßeinreden und Prozeßvoraussetzungen, 1868, S. 169.

3) Verwerthung der Einrede durch einen Dritten kommt in folgendem Falle vor. Hat der redliche Besitzer einer Erbschaft eine Nachlaßsache verkauft und evincirt

2. Steht eine Erbschaftsklage bevor, oder ist sie bereits anhängig, so entsteht die Frage, gegen wen die Erbschaftsgläubiger zu klagen haben, und wer dazu legitimirt ist, die Erbschaftsschuldner zu betreiben?

a) Die Erbschaftsgläubiger können jeden der Erbschaftsprätendenten, also sowohl den Kläger wie den beklagten Besitzer, nach ihrer Wahl als ihren Schuldner in Anspruch nehmen.[4]

Unterliegt die Partei, welche die Schuld zahlte, im Erbschaftsprozesse, so kann sie die Erstattung des Ausgelegten vom Sieger beanspruchen.

Legate, die einem angeblichen Testamentserben aufgelegt sind, hat derselbe zwar zu entrichten, trotzdem sein Erbrecht bestritten ist, jedoch nur gegen Kaution wegen Rückerstattung im Falle seines Unterliegens im Erbschaftsprozesse.

b) Jeder der Prätendenten kann die Erbschaftsschuldner und Inhaber von Erbschaftssachen verklagen,[5] muß aber dem Beklagten für den Fall seines Unterliegens im Erbschaftsprozesse Kaution leisten, damit derselbe gegen doppelte Zahlung gesichert ist. Der Schuldner kann sich durch Depositon von der Schuld befreien.

---

sie dann der wahre Erbe als sein eigen, so nimmt der evincirte Käufer seinen Regreß gegen seinen Verkäufer und verlangt von ihm Ersatz seines Interesses wegen der Eviktion. In Folge dessen kann jener redliche Erbschaftsbesitzer weit über den Betrag seiner Bereicherung aus der Erbschaft und zwar indirekt zu Gunsten des Erben zu zahlen haben. Um dies zu verhüten, gab man dem Käufer in solchen Fällen gegen die Vindikation seitens des Erben eine Einrede, durch die er den Erben auf die Erbschaftsklage verweist, so daß er die Kaufsache behält, der Erbe aber vom Erbschaftsbesitzer dessen Bereicherung aus dem erlösten Kaufpreise der Nachlaßsache mit der Erbschaftsklage beizutreiben hat, l. 25 § 17 D. h. t. 5, 3. Ulpianus libro 15 ad edictum: Item si rem distraxit bonae fidei possessor, nec pretio factus sit locupletior, an singulae res, si nondum usucaptae sint, vindicare petitor ab emptore possit? et si vindicet, an exceptione non repellatur „quod praejudicium hereditati non fiat inter actorem et eum, qui venumdedit", quia non videtur venire in petitionem hereditatis pretium earum, quamquam victi emptores reversuri sunt ad eum qui distraxit? et puto posse res vindicari, nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent; quid tamen si is, qui vendidit paratus sit defendere hereditatem, ut perinde atque si possideret conveniatur? incipit exceptio locum habere ex persona emptorum. certe si minori pretio res venierint et pretium quodcumque illud actor sit consecutus, multo magis poterit dici exceptione eum summoveri. Ueber diese schwierige und viel besprochene Stelle siehe Dernburg a. a. O. S. 35, Vangerow Bd. 2 § 208 S. 351. Vgl. auch Joseph in Iherings Jahrb. Bd. 26 S. 209 Lotze, im Archiv f. civ. Praxis Bd. 57 S. 257, Francke ebendas. Bd. 61 S. 299 Grabenwitz, Interpol. S. 79.

4) So namentlich l. 12 C. h. t. 3, 31. Vgl. auch l. 4 § 3 D. si cui plus 35, 3. Eine besondere Bestimmung enthält l. 35 D. de jure fisci 49, 14.

5) l. 49 D. h. t. 5, 3. Die Meinungen der Schriftsteller sind nicht übereinstimmend. Windscheid Bd. 3 § 616 Anm. 7 verstattet nur „wenn Gefahr im Verzuge ist" und nur „dem redlichen Besitzer" eine Klage gegen die Erbschaftsschuldner. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 115.

III. Die Rechtsverhältniſſe der Miterben.

§ 175. Die Rechte der Miterben im Allgemeinen.[1]

Wird der Erblaſſer von Mehreren zuſammen beerbt, ſo entſteht eine Gemeinſchaft der Miterben.

Bei ihrer Ausbildung kann entweder mehr das gemeinſchaftliche Intereſſe in den Vordergrund geſtellt, oder das Individualrecht der einzelnen Theilhaber begünſtigt werden. Das letztere geſchieht im römiſchen Rechte. Daſſelbe ſucht die Erbanſprüche eines jeden Miterben möglichſt beſtimmt abzugrenzen und thunlichſt ſelbſtändig zu geſtalten.

1. Die Rechte an körperlichen Nachlaßſachen ſind unter die Miterben im Verhältniß ihrer Erbſchaftstheile ideell getheilt.

Dies gilt für alle theilbaren Berechtigungen an körperlichen Sachen, alſo Eigenthum, publicianiſches Recht, Superficies und Emphyteuſe.[2]

Jeder Miterbe iſt zur ſelbſtändigen Verfügung bezüglich ſeines ideellen Theiles befugt. Er kann ihn insbeſondere beliebig, und ohne an die Einwilligung ſeiner Miterben gebunden zu ſein, veräußern, nicht minder verpfänden oder zum Nießbrauche geben.[3]

Die Nachlaßſachen bleiben natürlich zunächſt körperlich ungetheilt, ſo daß trotz der ideellen Theilung eine Gemeinſchaft beſteht.

2. Erbſchaftsforderungen und Erbſchaftsſchulden ſind unter die Miterben ſchlechthin, ihrem Erbtheile entſprechend, getheilt.[4] Es erwachſen alſo für jeden Miterben völlig ſelbſtändige Partialforderungen und Partialſchulden. Dies beſtimmten bereits die 12 Tafeln.

---

1) Göppert, Beiträge z. L. v. d. Miteigenthum nach dem A.L.R. S. 77.

2) 10 D. fam. erc. 10, 2.

3) l. 54 D. fam. erc. 10, 2. Neratius libro 3 membranarum: Ex hereditate Lucii Titii, quae mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi, deinde familiae erciscundae judicium inter nos acceptum est. neque ea pars quae mea fuit in judicio veniet, cum alienata de hereditate exierit, neque tua, quia etiamsi remanet in pristino jure hereditariaque est, tamen alienatione meae partis exit de communione. Die Veräußerung von Nachlaßſachen war jedoch nach der Litisконteſtation über das familiae erciscundae judicium verboten l. 13, l. 25 § 6 D. h. t. 10, 2, l. 1 C. communi dividundo 3, 37, Bachofen, ausgewählte Lehren des römiſchen Civilrechtes § 82. Derzeit wird C.P.O. § 236 entſprechend zur Anwendung gebracht werden können. — Ueber die praktiſchen Bedenken, welche der freien Veräußerung einer beſtimmten Quote von Nachlaßſachen durch einen der Miterben entgegenſtehen, vgl. mein preuß. Privatrecht Bd. 3 § 288.

4) l. 6 C. familiae erciscundae 3, 36: Gordianus. Ea, quae in nominibus sunt, non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege duodecim tabularum divisa sunt. l. 1, l. 2 C. de actionibus hereditariis 4, 16.

Forderungen und Schulden jedoch, die ihrer Natur nach untheilbar ſind, führen zu ſolidariſchen Berechtigungen und Verbindlichkeiten der Miterben.[5]

3. Die Konfuſion von Anſprüchen zwiſchen dem Erblaſſer und einem Theilerben deſſelben tritt nach Maßgabe des Erbtheiles des Theilerben ein.[6] [7]

4. Jeder der Theilerben hat eine hereditatis petitio partiaria ſowohl gegen ſeine Miterben, wie gegen Nichterben, welche pro herede oder pro possessore beſitzen.

Beſitzt jedoch ein Miterbe nicht mehr als der ihm gebührende ideelle Theil der Erbſchaft beträgt, ſo iſt die Erbſchaftsklage ſeines Miterben nicht gegen ihn zu richten, ſondern gegen die, welche den Nachlaß ohne Erbrecht oder über die ihnen zukommende Erbquote hinaus beſitzen.[8]

§ 176. Die Auseinanderſetzung unter den Miterben.[1]

Die Auseinanderſetzung unter den Miterben kann außergerichtlich durch Vertrag geſchehen.

Sie erfolgt aber auch auf einſeitigen Antrag durch das Gericht.

Zu dieſem Antrage iſt jeder Miterbe jeder Zeit berechtigt. Weder Verfügungen des Erblaſſers, noch Verträge der Betheiligten können dies Recht auf Theilung dauernd beſeitigen.[2]

Die gerichtliche Theilung unter Miterben geſchah in Rom auf Grund der actio familiae erciscundae. Das geſammte Verfahren bewegte ſich danach in den Formen des Prozeſſes; doch war die actio duplex.[3] Heutzutage iſt das rechtsgeſchäftliche und das prozeſſualiſche Element, welche in Rom verbunden waren, geſchieden. Die Theilung ſelbſt bildete einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die ſtreitigen Vorfragen werden vom Prozeßrichter auf Grund der Klage des intereſſirten Theiles entſchieden.

---

5) Vgl. oben Bd. 2 § 24, insbeſondere Anm. 6.

6) l. 50 D. de fidejussoribus 46, 1, l. 6 C. de actionibus hereditariis 4, 16.

7) Siehe auch oben Bd. 1 § 216 Anm. 10.

8) l. 1 § 3 D. si pars hereditatis petatur 5, 4. Die hereditatis petitio partiaria geht nicht auf Theilung, ſondern auf Reſtitution der Erbſchaft pro indiviso, l. 7 D. eod.

1) Tit. Dig. familiae erciscundae 10, 2 Cod. 3, 38 und Cod. communia utriusque judicii tam familiae erciscundae, quam communi dividundo 3, 38, oben Bd. 1 § 197, Brinz Bd. 3 S. 273.

2) Oben Bd. 1 § 197 Anm. 15, 16 und 17—19.

3) l. 2 § 3, l. 44 § 4 D. h. t. 10, 2.

1. Die Voraussetzungen der gerichtlichen Erbtheilung sind:

a) Liquidität des Erbrechtes der Betheiligten und der Höhe ihrer Antheile. Steht das Erbrecht des Provokanten nicht durch Anerkennung des Miterben oder durch richterliches Urtheil fest, so ist hierüber in besonderem Prozesse zu entscheiden;[4]

b) eine Erbgemeinschaft.

Eine solche Gemeinschaft liegt vor Allem in dem Miteigenthum an körperlichen Nachlaßsachen. Sie ist auch darin zu finden, daß die Miterben solidarisch für Schulden des Erblassers wegen deren Untheilbarkeit verpflichtet sind.[5] Sie wird endlich durch alle aus der Erbschaft entspringenden gegenseitigen Ansprüche unter den Miterben begründet.[6]

2. Das Ziel ist Auseinandersetzung der Miterben. Das Verfahren umfaßt daher den gesammten Nachlaß. Insbesondere sind:

a) die Nachlaßsachen zu theilen. Das erstreckt sich nicht bloß auf die eigenen Sachen des Erblassers und solche, an denen er superficiarisches oder emphyteutisches Recht hat, sondern auf alle, die in seinem Eigenthumsbesitze waren. Sind sie jedoch unredlich erworben, so hat der Richter für ihre Rückerstattung an den Eigenthümer Sorge zu tragen.[7] Verbotene Sachen, z. B. Gifte oder unsittliche Schriften, hat er zu confisciren, beziehungsweise zu vernichten.[8]

Das Testament und die sonstigen Erbschaftsurkunden kommen zwar nicht in die Theilung; doch ist auch für deren Aufbewahrung und Zugänglichkeit Vorkehrung zu treffen.[9] Da Forderungen und Schulden regelrecht unter die Miterben von Rechtswegen getheilt sind, so sind sie an sich dem Theilungsverfahren fremd. Dennoch können sie, wenn dies zweckmäßig erscheint, einzelnen Miterben ganz zugetheilt werden, so daß

---

4) Verlangt ein angeblicher Miterbe, welcher nicht im Besitze seines angeblichen Erbtheiles ist und dessen Erbrecht von dem Miterben nicht anerkannt ist, Theilung, so muß er zuvörderst mit der hereditatis petitio Anerkennung seines Erbrechtes und Mitbesitz erstreiten. Ist aber der Provokant, dessen Erbrecht von den Miterben nicht anerkannt wird, im Mitbesitze, so ist eine hereditatis petitio nicht anstellbar. Hier mußte also nothgedrungen in Rom der Richter im Erbtheilungsverfahren über das Erbrecht der Provokanten erkennen, l. 1 § 1 D. h. t. 10, 2. — Nach gemeinem Rechte ist der Streit über das Erbrecht des Provokanten auch in diesem Falle vor Einleitung eines Theilungsverfahrens vor den Prozeßrichter zu bringen. Hierzu dient eine Feststellungsklage. C.P.O. § 231.

5) l. 25 §§ 10 ff. D. h. t. 10, 2.

6) l. 25 § 15, l. 49 D. h. t. 10, 2.

7) l. 10 D. h. t., l. 4 § 2 D. eod.

8) l. 4 § 1 D. h. t.

9) l. 4 § 3, l. 5, l. 6 D. h. t. 10, 2. Entsprechendes muß von Erbbegräbnissen gelten, vgl. freilich l. 30 D. h. t. 10, 2, l. 4 C. de religiosis 3, 44.

der Miterbe, zu dessen Gunsten die Attribution erfolgte, insoweit die Stellung eines Cessionars hat und der, zu dessen Lasten die Attribution gereichte, den Miterben, der an sich Schuldner bleibt, zum entsprechenden Theile von seiner Schuld zu befreien hat.[10] [11]

b) Des Weiteren hat Ausgleich wegen der durch die Gemeinschaft begründeten gegenseitigen Verbindlichkeiten der Miterben stattzufinden.[12]

c) Endlich sind die Anordnungen des Erblassers, welche das Verhältniß der Miterben betreffen, im Theilungsverfahren zu verwirklichen. Dahin gehört die Entrichtung von Vorvermächtnissen,[13] ferner die Ausführung des einem Miterben aufgelegten Modus.[14]

3. Dem Theilungsrichter stehen zur Durchführung seiner Aufgabe Adjudikationen zu Gebote, vermöge deren er Eigenthum an den Nachlaßsachen zutheilt,[15] und Kondemnationen, mittels deren er Miterben Geldleistungen zu Gunsten Anderer auflegt.[16]

Der Theilungsrichter muß in erster Linie die Vereinbarungen der Betheiligten seiner Theilung zu Grunde legen, ferner die Anordnungen des Erblassers beachten,[17] soweit sie nicht rechtsverletzend sind; im Uebrigen

---

10) l. 3 D. h. t. 10, 2. Gajus libro 7 ad ediotum provinciale: Plane ad officium judicis nonnunquam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido aliis alia adtribuat, quia saepe et solutio et exactio partium non minima incommoda habet: nec tamen scilicet haec adtributio illud efficit, ut quis solus totum debeat vel totum alicui solum debeatur, sed ut sive agendum sit partim suo partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur partim suo partim procuratorio nomine conveniatur: nam licet libera potestas maneat creditoribus cum singulis experiundi, tamen et his libera potestas est suo loco substituendi eos, in quos onera actionis officio judicis translata sunt.

11) Insbesondere sind Faustpfänder, welche dem Erblasser bestellt waren, einem der Miterben zu adjudiciren, womit diesem auch die versicherte Forderung ausschließlich zugetheilt wird. Hierher gehört die berühmte l. 29 D. h. t. 10, 2; vgl. über sie Bangerow Bd. 1 § 365.

12) In dieser Hinsicht sind die oben Bd. 1 § 197 entwickelten Sätze maßgebend.

13) l. 4 pr., l. 25 § 22, l. 28. l. 42 D. h. t. 10, 2. Hat der Erblasser einem der Miterben die Tragung gewisser Erbschaftsschulden auferlegt, so hat der Theilungsrichter für die Uebernahme zu sorgen, natürlich vorbehaltlich des Rechtes jenes Miterben auf die Falcidia, beziehungsweise seinen Pflichttheil, l. 20 § 5 D. h. t. 10, 2.

14) l. 18 § 2 D. h. t. 10, 2, oben Bd. 1 § 115 Anm. 7.

15) l. 22 §§ 1 und 2 D. h. t. 10, 2.

16) l. 55 D. h. t. 10, 2.

17) l. 10 C. h. t. 3, 36. Ob der Theilungsrichter die Anordnungen des Erblassers über die Art und Weise der Theilung für angemessen hält, ist irrelevant, er ist an sie gebunden. Anders Windscheid Bd. 3 § 608 Anm. 16 Haben sich freilich die Verhältnisse, auf denen die Anordnung beruhte, wesentlich geändert, so ist dieselbe nicht mehr maßgebend.

aber hat er die Auseinandersetzung nach Billigkeit und Zweckmäßigkeit vorzunehmen.[18]

Er ist keineswegs gehalten, die Erbschaftsobjekte, z. B. die Erbschaftsgrundstücke, in natura zu theilen. Vielmehr kann er sie einem der Miterben ganz, gegen Entschädigung der übrigen, adjudiciren, oder auch eine Versteigerung vornehmen und den Erlös theilen.[19]

4. Die Miterben haben im Falle der Eviktion des ihnen Zugetheilten Anspruch auf verhältnißmäßigen Ersatz, mag nun die Theilung durch Vertrag oder durch den Richter erfolgt sein.[20]

---

18) l. 21 D. communi div. 10, 3.

19) l. 26 D. h. t. 10, 2. Ueber die heutige Praxis vgl. oben Bd. 1 § 197 Anm. 21.

20) l. 15 C. h. t. 3, 36, l. 25 § 21 D. h. t. 10, 2, vgl. l. 10 § 2 D. comm. div. 10, 3.

Sachregiſter.

Es ſind ſowohl die Paragraphen als die Seiten bezeichnet. Die Paragraphen-Ziffer ſteht eingeklammert hinter der Seiten-Ziffer. Die fett gedruckten Zahlen weiſen auf die sedes materiae hin. a = Anmerkung.

A.

Ablehnung der Vormundſchaft 83 ff. (46).
Abſetzung des Vormundes 85 (47).
Abſonderungsrecht der Erbſchaftsgläubiger 340 ff. (170).
Abſtammung, eheliche 53 (28).
Abſtinenzrecht 327 (163).
Abtretung des Rechtes aus der Berufung zur Erbſchaft 336 (167).
Abweſenheit, cura bonorum absentis 77 (41), des Ehemannes 54 (28).
Accrescenz ſ. Akkrescenz.
Accusatio suspecti 85 (47).
Actio ad supplendam legitimam 310 (155).
— Calvisiana 311 a 3 (156).
— de filiatione 72 (38).
— de liberis agnoscendis 72 (38).
— de partu agnoscendo 72 (38).
— de peculio 62 (32).
— ex sponsu 12 (7).
— ex testamento 194 a 9 (99).
— familiae erciscundae 356 (176), vgl. 247 (122), 277 (137).
— Faviana 311 a 3 (156).
— legati 194 (99).
— matrimonialis 12 (7).
— protutelae 91 (53).
— rationibus distrahendis 89 (52).
Actio rei uxoriae 24 (14), 26 (14), 38 (20).
— rerum amotarum 19 (11).
— tacita ex stipulatu 26 (14), 38 (20), 40 a 5 (21).
— tutelae 74 a 6 (39), 90 (52), contraria 91 (52).
„Additionalſyſtem" 294 (145).
Ademtion der Vermächtniſſe 211 (106).
Adfines 5 (4).
Aditio hereditatis 321 ff. (161).
Adjudikationen bei der actio fam. erciso. 358 (176).
Adoption 57 (30), 273 (135).
Adoptivverhältniß als Ehehinderniß 17 (9). Inteſtaterbrecht 273 (135).
Adquisitio hereditatis 320 ff. (160 ff.).
Adventicien 63 ff. (32).
Affinität 5 (4).
Agnaten, Familienfideikommiß 230 (114), Inteſtaterbrecht 260 (129).
Agnation 3 ff. (2).
Akkrescenz 96 (55), 174 ff. (91 ff.), 227 (113), 233 ff. (116), 238 (118), 271 ff. (134).
Alimentationspflicht des Ehemannes 10 (6), nach der Eheſcheidung 50 a 8 (26), der Aſcendenten und Deſcendenten 70 (37), des unehelichen Erzeugers 72 (38) u. a. O.

Alimentenvermächtniß 222 (111).
Alternatives Vermächtniß 220 (110).
Altersgrenze für die Eheschließung 16 (9).
Altersvormundschaft 76 (40).
Antretung der Erbschaft 321 ff. (161).
Anwachsungsrecht s. Akkrescenz.
Armenanstalten, Erbrecht 278 (138).
Arrogation 58 (30), Intestaterbrecht in Folge der A. 273 (135).
Ascendenten, Testament 136 (72), Intestaterbrecht 268 (132).
Atilianus tutor 74 (39).
Auctoritatis interpositio 75 (39).
Aufhebung der Vermächtnisse 208 (105).
Auflösende Bedingung s. Resolutivbedingung.
Aufschiebende Bedingung s. Suspensivbedingung.
Auseinandersetzung der Miterben 356 (176).
Außerehelicher Erzeuger, Alimentationspflicht 72 (38).
Außerordentliches Erbrecht 275 (137), 277 (138).
Außerordentliche Testamentsformen 135 ff. (72 ff.).

B.

Bedingung bei letztwilligen Verfügungen 154 ff. (82 ff.), 319 (159).
— beim Erbschaftsantritt unzulässig 324 (161).
Beendigung der Vormundschaft 84 (47), 79 a 8 (43).
Beerdigungskosten 200 (101), 303 (150).
Befreiung von der Vormundschaft 82 ff. (45, 46).
Befreiungslegat 224 (112).
Beiseiteschaffung von Erbschaftssachen 327 (163).
Beneficialerbe 344 (171).
Beneficium abstinendi 102 (58), 327 (163).
— deliberandi 328 ff. (164).
— inventarii 343 ff. (171).
— separationis 321 (160).
Berufung zur Erbschaft 101 (58), mehrfache B. 324 (162), Uebertragung der B. 331 (165), Veräußerung des Rechtes a. d. B. 336 (167).
— zur Vormundschaft 80 ff. (44 ff.).
Beschlagnahme des Nachlasses 315 (158).
Beweggründe bei letztwilligen Verfügungen 150 (79).
Beweis bei der Dotalklage 44 (23).
— bei der Erbschaftsklage 351 (173).
Bigamie 16 a 18 (9).
Binubus 160 (85).
Blinde, Testament 135 (72), Kodicill 136 a 2 (72), 141 (74).
— Testamentszeugen 131 (70).
Bona ereptoria 104 (60).
— parapherna 20 (12).
— vacantia 277 (138).
Bonorum possessio und hereditas 110 ff. (62).
Bonorum possessio 114 (63), 129 (69), 152 (80), 153 a 5 (81), 179 a 3 (93), 263 (130), 280 (140), 319 (159).
— — Carboniana 317, 318 (159).
— — furiosi nomine 318 (159).
Brautgeschenke 12 (7).

C.

Caducum 160 (85), 167 (88), 177 (92), 228 a 3 (113).
Caelibes 159 (85).
Canonisch s. Kanonisch.
Carbonianum edictum 317 (159).
Castrense peculium 63 (32), 67 (35).
Casus „noluntatis", „impotentiae" 169 a 12 (88).
Catonianische Regel 206 (104).
Causa Curiana 147 a 1 (78), 172 a 15 (89).
Cautela Socini 310 (155).
Cautio Muciana 156 (83).
— rei uxoriae 24 (14).
Clausula ceterata 183 (95).
Codicill s. Kodicill.
Codicilli confirmati in futurum 142 (75).
Cognaten, cognati s. Kognation.

Coheredes 96 (55).
Collateralen ſ. Kollateralen.
Collatio ſ. Kollation.
Collegatarii ſ. Kollegatare.
Color insaniae 296 (147).
Computatio der Verwandtſchaftsgrade 5 (3).
Concursus duarum causarum lucrativarum 211 (106).
Condicio ſ. Bedingung.
— jurisjurandi 156 (83), 288 a 5 (118).
Condicionis implendae causa datum 191 (98), 200, 201 (101), 205 (103).
Condictio des von Todeswegen Geſchenkten 237 (117).
Confusio ſ. Konfuſion.
Conjunctio re, verbis 161 (86), 177 (92), 228 (113).
Conjux binubus 51 (27), 160 (85).
Consanguinei 4 (3), 264 (130), 301 (149).
Contutor 78 (42).
Cretio 320 (160).
Crimen expilatae hereditatis 110 (61).
Cura 75 (39), 77 (41).
Curator bonorum 315 (158), furiosi 77 a 1 (41), ventris 319 (159).
Curiana causa 147 a 1 (78), 172 a 15 (89).

D.

Damnationslegat 116 (64), 192 (99), 194 (99), 196 (100).
Datio dotis 29 (16).
Dativtutel 76 (40).
Delation ſ. Berufung zur Erbſchaft.
Deliberationsfriſt 328 (164).
„Derogationsſyſtem" 294 (145).
Deſcendenten 4 (3), Inteſtaterbrecht 267 (132), Notherbrecht 300 (149), Kollationsverbindlichkeit 279 (139).
Diotio dotis 29 a 10 (16).
Dies bei Erbeseinſetzungen 154 (82).
Dies cedens, veniens bei Vermächtniſſen 213 (107).
Divisio parentum inter liberos 137 (72).
Divortium 17 (10).
Donatio mortis causa 235 (117).
— propter nuptias 47 ff. (25), Kollation 282 ff. (140, 141), Einrechnung in den Pflichttheil 304 (151).
Dos 21 ff. (13 ff.), Kollation 282 ff. (140, 141), Einrechnung in den Pflichttheil 304 (151).
— aestimata 29 (16).
Dosbeſtellung 28 (16).
Dotalklage 40 ff. (22).
Dotalſyſtem 20 (11).
Dotalverträge 32 ff. (17).
Dotationspflicht 26 (15).

E.

Edictum Carbonianum 317 (159).
— de legatis praestandis 292 (144).
Ehe 7 ff. (5 ff.)
Ehebruch 18 (10), 17 (9).
Ehegatten, perſönliche Stellung 8 ff. (6), Inteſtaterbrecht 275 (136), Schenkungen 45 (24).
Ehegeſchenke 47 (25).
Ehehinderniſſe 14 (9).
Ehekonſens 15 (9).
Eheliche Abſtammung 53 ff. (28).
Ehemündigkeit 16 (9).
Eheſcheidung 17 (10), Einfluß auf die Schwägerſchaft 6 (4).
Eheſcheidungsſtrafen 49 ff. (26).
Eheſchließung 18 ff. (8 ff.).
Ehrenrechte, Verluſt, begründet Unfähigkeit zur Vormundſchaft 83 (45), zum Teſtamentszeugniß 131 (70).
Ehrenvormund 78 (42).
Einmiſchung des suus heres 327 (163).
Einweiſung in den Nachlaß 316 (159).
Elternrecht 69 ff. (36 ff.).
Emancipati, Kollation 280 (140).
Emancipation 60 ff. (31).
Embryo, Erbfähigkeit 108 (59).
Enkel, Notherbrecht 289 (143).
Enterbung ſ. exheredatio.
Enterbungsgründe 306 ff. (153).
Entmündigung wegen Verſchwendung 77 (41).
Erbantretung 321 ff. (161).
Erbbeſcheinigung 315 (158).
Erbenſtellung, Rechtswirkung 339 ff. (169 ff.).

Erbeseinsetzung 159 ff. (85 ff.).
Erbeslegitimationsatteſt 315 (158).
Erbfähigkeit 102 (59), 159 (85).
Erbfolge, geſetzliche 259 ff. (128 ff.), teſtamentariſche 120 ff. (66 ff.), vertragsmäßige 254 ff. (126 ff.).
Erbrecht 93 ff. (54 ff.).
Erbſchaftsklage 346 ff. (172).
Erbſchaftsvermächtniß 118 a 2 (65).
Erbſchaftsverträge 258 (127).
Erbſchleicherei 153 (81).
Erbverträge 254 ff. (126 ff.), vgl. 306 (257).
Erbverzichte 257 ff. (127).
Ereptorium 104 (60).
Eröffnung des Teſtamentes 313 ff. (157).
Errichtung des Teſtamentes, der Kodicille, Erbverträge, Vermächtniſſe ſ. dieſe Worte.
Erwerb der Erbſchaft 101 (58), 320 ff. (160 ff.).
— der Vermächtniſſe 213 (107).
Erziehungsrecht der Eltern 69 (36).
Eviktion von Dotalſachen 30 (16).
Eviktionshaftung bei der Auseinanderſetzung von Miterben 359 (176).
Exceptio plurium constupratorum 73 (38).
Exheredatio 288 (143), 306 ff. (153).
— bona mente 307 (153).
Exkuſationsgründe bei der Vormundſchaft 84 (46).
Extranei heredes 101 (58), 321 (161).

F.

Fähigkeit zu erben 102 (59), zur Vormundſchaft 82 (45).
— zur Teſtamentserrichtung 123 ff. (67 ff.).
Falcidiſche Quart 120 (65), 197 (101), 233 (115).
Falsa causa 150 (79).
— demonstratio 146 (77).
Falsus tutor 92 (53).
Familiae emptor 129 (69).
Familienfideikommiß 230 (114).
Familienrecht 1 ff. (1 ff.).
Favor testamenti 99 (57).
Favorable Behandlung der Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen 155 (83).
Fictio retroactiva 57 a 7 (29).
Fiktion, kodizillariſche 122 (66).
Fictus possessor 349 (172).
Fideicommissum und legatum 115 (64).
— hereditatis 239 ff. (119 ff.).
— praesenti injunctum 141 (75).
— superfuturi 249 (123).
Fideikommiſſariſche Erbſchaften 118 (65).
Fideikommiſſariſche Subſtitutionen bei Vermächtniſſen 230 (114).
Fiduciar 118 (65), 242 (120), 249 (123).
Filius familias ſ. Hauskinder.
Fiskus, Recht auf bona vacantia 277 (138), ereptoria 107 (60).
Forderungsvermächtniß 223 (112).
Frauen, Fähigkeit zur Vormundſchaft 82 (45).
Fundus dotalis 35 (18), 42 (22).
Furiosi 77 (41), 125 (67), 318 (159).

G.

Gattungsvermächtniß 220 (110).
Geiſteskranke, Eheſchließung 14 (9), Bevormundung 77 (41), 76 (40), Teſtirunfähigkeit 125 (67), Erbſchaftserwerb 318 (159); g. Erzeuger 72 a 5 (38).
Geiſtliche Beerbung 278 (138).
Gemeinſchaftliches Teſtament 187 (197).
Gentilen, Inteſtaterbrecht 262 (129).
Gericht, Funktionen deſſelben hinſichtlich der Vormundſchaften 79 (43), des Nachlaſſes 318 ff. (157 ff.), bei der Auseinanderſetzung von Miterben 356 ff. (176).
Gerichtliches Teſtament 134 (71).
Germani 4 (3).
Geſchenke der Ehegatten 45 (24).
— der Verlobten 12 (7).
Grade der Verwandtſchaft 5 (3).
Gradualerbfolge 267 (132).
Güterrecht, eheliches 19 ff. (11 ff.)
Gütertrennung 19 ff. (11).

H.

Hauskinder, Vermögensrecht 62 ff. (32 ff.), Verträge mit dem Hausvater 64 a 10 (32), Adoption 58 (30), Notherbenrecht 289 (143), Erbschaftserwerb 326 ff. (163), s. auch väterliche Gewalt.
Heirathsgut s. dos.
Hereditas und bonorum possessio 110 ff. (62).
— jacens 107 (61).
Hereditatis petitio 346 ff. (172), 357 a 4 (176).
— — und querella inoff. test. 296 a 5 (147).
— — fideicommissaria 247 (122).
— — partiaria 356 (175).
— — possessoria 118 a 13 (62).
— — utilis 347 a 4 (172).
Heres ex re certa 163 (87).
— fideicommissarius 118 ff. (65), 230 (114), 239 ff. (119 ff.).
— fiduciarius 118 (65), 242 (120), 249 (123).
— suus necessarius 326 ff. (163), 101 a 3 (58).
— voluntarius 320 (160), 321 ff. (161 ff.), 101 (58).
Herrenloser Nachlaß 277 (138).
Hochverräther, Erbunfähigkeit ihrer Kinder 102 (59).
Honorar des Vormundes 91 (52).

I.

Immission 316 (159).
Immixtion des suus heres 327 (163).
Impedimenta matrimonii 14 (9).
Impensae bei der dos 44 (22), bei der hereditatis petitio 351 (172), des Vormundes 91 (52).
Impotenz des Ehemannes 54 (28).
Impubes arrogatus, Erbrecht 277 (137).
Incapacitas 102 (59), 159 (85).
„Incerta persona", letztwillige Bedenkung 144 (76).
Indeterminirte Vermächtnisse 218 (110).
Indignität 104 (60), 158 bei a 5 (80), 169 a 18 (88).
Inkapacität 159 (85).
„Inofficiositätssystem" 308 (154), 310 a 10 (154).
Insinuation der Schenkungen auf den Todesfall 236 (117).
Interdictum de uxore exhibenda et ducenda 9 (6).
— de tabulis exhibendis 314 (157).
— quod legatorum 198 (99), 239 (118).
— quorum bonorum 118 (62), 316 (159).
Interpretation der Testamente 147 ff. (78).
Intestaterbfolge 259 ff. (128 ff.).
Intestatkodicill 121 (66), 209 (105).
Inventar des Vormundes 89 (51).
—, Rechtswohlthat des J. 343 (171).
Inventarerbe 344 (171).
Irreguläre Adventicien 68 (32), 68 (35).
Irrthum bei der Eheschließung 14 (9), bei letztwilligen Verfügungen 150 (79), über das Bestehen der Schuld beim legatum debiti 226 (112).
Juristische Personen, Erbrecht 277 (138).
— —, Schaffung derselben durch letztwillige Verfügung 144 (76).
Jus abstinendi 327 (163).
— jurandum in litem 315 (158).
— liberorum 265 (130).
— separationis der Nachlaßgläubiger 340 ff. (170).

K.

Kanonisches Testament 135 (71).
Kapacität 102 (59), 159 (85).
Kaptatorische Zuwendungen 154 (81).
Kautionsanspruch der Vermächtnißnehmer 194 (99).
Kautionspflicht des Vormundes 89 (51).
Kinder s. Descendenten, uneheliche Kinder.
Kindesvermögen, freies, unfreies 62 ff. (32 ff.).
Kirchen, Recht auf bona vacantia 278 (138).
Kodicill und Testament 121 (66).
Kodicillarform 140 (74).
— der Fideikommisse 117 (64), bei Schenkungen von Todeswegen 236 a 9 (117).
Kodicillarische Fiktion 122 (66).

Kodicillarklauſel 182 (95), 208 (105).
Kognaten als Anwärter des Familienfideikommiſſes 230 (114), Inteſtaterbrecht 260 ff. (129 ff.).
Kognation 3 ff. (2).
Kollateralen 4 (3), Inteſtaterbrecht 269 (132).
Kollation 279 ff. (139 ff.).
Kollegatare, Anwachſungsrecht 227 (113), beim Prälegat 233 (116).
Komputation der Verwandtſchaftsgrade 5 (3).
Konfirmirte Kodicille 122 (66).
Konfuſion 356 (175).
Konkubinenkinder 56 a 2 (29), 72 (38), Erbrecht 160 (85), 276 (137).
Konkurs über den Nachlaß 328 ff. (164).
Konſens bei der Eheſchließung 15 (9).
Korrealberechtigung bei alternativer Vermächtnißzuwendung 204 (103).
Korreſpektive Teſtamente 186 (97).
Kretion 320 (160).
Kurator ſ. curator.

L.

Legate und Fideikommiſſe 115 (64).
Legatum debiti 225 (112).
— generis 219 a 7 (110).
— liberationis 224 (112).
— nominis 223 (112).
— optionis 218 (110).
— partitionis 240 a 6 (119).
— per damnationem 116 (64), 194 (99), 196 (100).
— per praeceptionem 117 (64).
— per vindicationem 116 (64).
— poenae nomine relictum 191 (98).
— sinendi modo 116 (64).
Legitimation 56 ff. (29).
Letztwillige Verfügungen, Form 126 ff. (68), Grundſätze 142 ff. (76 ff.).
Lex Atilia 74 (39).
— Cornelia de falsis 314 a 2 (157).
— Falcidia 97 (55), 138 (73), 197 (100), 238 a 2 (118).
— Furia 197 (100), 238 a 2 (118).
— Julia de fundo dotali 35 (18).
Lex Julia Titia 74 (39).
— Julia vicesima de testamentis 314 a 3 (157).
— Junia Vellaea 290 ff. (144).
— Papia Poppaea 159 (85), 177 (92), 213 (107), 228 (113), 277 (138), 334 a 10 (166).
— Voconia 197 (100), 238 a 2 (118).
Liberationsvermächtniß 224 (112).
Liberi 270 a 5 (133), ſ. auch Deſcendenten, uneheliche Kinder.
Lucra nuptialia 51 (27).

M.

Mancipationsteſtament 128 (69).
Manifeſtationseid des Beneficialerben 344 (171), des mit der Erbſchaftsklage Belangten 352 (173).
Manus 8 a 1 (6).
Mehrfache Berufung zur Erbſchaft 324 (162).
Mehrfache Verwandtſchaft 274 (135).
Militärperſonen fähig zur Vormundſchaft 83 (45).
Militärteſtament 187 (73), 100 a 5 (57).
Minderjährige, Bevormundung 76 (40), Unfähigkeit zur Vormundſchaft 77 (41), Erbſchaftserwerb 328 (161).
Missio Antoniniana 195 (99).
— ex lege ultima de edicto divi Hadriani tollendo 317 (159).
— in bona 316 (159).
— in rem 192 a 2 (99), 195 a 18 (99).
— legatorum servandorum causa 195 (99).
— ventris nomine 319 (159).
Miterben 96 (55), 160 (86), 355 (175), ſ. auch Akkrescenz.
Mitteſtator 186 (97).
Mitvormund 78 (42).
Modus bei letztwilligen Verfügungen 157 (84), 358 (176).
Mortis causa donatio 285 (117).
Motive bei letztwilligen Verfügungen 150 (79).
Mucianiſche Kaution 156 (83), 236 (118), 238 (118).

Mucianiſche Präſumtion 20 (12).
Mündelgelder 85 (48), 86 (49).
Mundium 2 (1).

N.

Nachlaßkurator 315 (158).
Nachzettel 142 (75).
Nasciturus 103 (59), 272 (135), 300 (149).
Necessarii heredis 101 a 3 (58).
Negative Poteſtativbedingungen bei letztwilligen Verfügungen 156 (83).
Nichtigkeit der Ehe 14 (9).
— des Teſtamentes 178 (93).
Nießbrauch des Hausvaters 66 (34).
—, Vermächtniß 221 (111).
Notherbenrecht 286 ff. (142 ff.).
„Nullitätsſyſtem" 308 (154), 309 a 4 (154).
Nuncupatio testamenti 129 (69).
Nupturienten 14 (9).

O.

Obervormundſchaft 79 (43).
Octavus subscriptor 133 (70).
Oeconomia separata 61 (31).
Offenbarungseid des Beneficialerben 344 (171).
— des mit der Erbſchaftsklage Belangten 352 (173).
Oeffentliche Teſtamente 134 (71).
Optio legata 218 (110).
Oralfideikommiß 141 (75), 203 (102).
Oratio Severi 87 (50).
Orbi 159 (85).
Ordentliche Teſtamentsformen 130 ff. (70 ff.)
Osculum interveniens 12 a 19 (7).

P.

Pacta dotalia 32 ff. (17).
Paraphernen 20 (12).
Parens binubus 51 (27), 160 (85).
Partitio legata 240 a 6 (119).
Patria potestas 54 ff. (28 ff.).
Peculium 62 ff. (32).
Peregrinen 102 a 1 (59).
Permutatio dotis 32 (16).
Pfandrecht des Vermächtnißnehmers 195 (99), des Mündels 91 (52), der Ehefrau wegen Rückgabe der dos 38 (20).
Pflichttheilsrecht 294 ff. (146 ff.), 287 (142).
Poenae secundarum nuptiarum 51 (27).
— nomine relictum 191 (98).
Pollicitatio dotis 29 (16).
Portio legitima 294 (146).
Postumi 180 (93), 289 ff. (143).
Potestas 54 ff. (28 ff.), 2 (1).
Poteſtativbedingung bei letztwilligen Verfügungen 155 (83), 305 (152), 326 (163).
Präceptionslegat 116 (64).
Prälegat 231 ff. (115), 247 (122), 358 a 13 (176).
Praemium emancipationis 61 (31), 268 (132).
Praesumtio Muciana 20 (12).
Präſumtion der ehelichen Vaterſchaft 54 (28).
Präterition 288 ff. (143 ff.).
Prätoriſches Teſtament 129 (69).
Privatteſtament 130 (69).
Promissio dotis 29 (16).
Propter nuptias donatio 47 (25).
Protutor 91 (53).
Proviſoriſcher Erbſchaftsbeſitz 316 ff. (159).
Pupillariſche Sicherheit 87 (49).
Pupillarſubſtitution 169 ff. (89).
Putativehe 56 (28).

Q.

Quaestio Domitiana 132 a 12 (70).
Quart der armen Wittwe 275 (137).
Quarta divi Pii 59 (30), 277 (137).
— Falcidia 197 (101).
— Trebellianica 248 (122).
Quaſipupillarſubſtitution 173 (90).
Querella inofficiosae donationis 311 ff. (156).
— — dotis 311 (156).
— — testamenti 183 a 9 (95), 295 ff. (147 ff.), 308 (154).

R.

Realkuratel 77 (41).
Rechnungslegung des Vormundes 89 (51), 79 (43).
Rechtskraft des Urtheils beim Schuldvermächtniß 227 (112).
Rechtswohlthat des Inventars 343 ff. (171).
Redlicher Erbſchaftsbeſitzer 351 (172).
Regiment, Erbrecht 278 (138).
Regula Catoniana 206 (104).
Reichspolizeiordnungen 76 (40).
Reinytizgut 20 a 1 (12).
Rentenvermächtniß 222 (111).
Repräſentationsrecht 268 a 2 (132).
Repudiation der Vermächtniſſe 215 (108).
Repudium 17 (10).
Res uxoria 24 (14).
Reſolutivbedingungen bei letztwilligen Verfügungen 154 (82).
— — Schenkungen von Todeswegen 237 (117).
Responsum Celsinum 132 a 12 (70),
Reſtitution des Univerſalfideikommiſſars 244 ff. (121 ff.).
Rogation der Teſtamentszeugen 132 (70).
Ruhende Erbſchaft 107 (61).

S.

Satisdatio legatorum servandorum causa 196 (100).
Schenkungen, Kollation 283 (141), Pflichttheilseinrechnung 304 (151).
— auf den Todesfall 235 ff. (117 ff.), Anfechtung wegen Pflichttheilsverletzung 311 (156).
— unter Ehegatten 45 ff. (24 ff.).
Schreibensunkundige, Teſtament 133 (70).
Schriftliches Teſtament 133 (70).
Schuldvermächtniß 225 (112).
Schwägerſchaft 5 (4).
Schwängerung, außereheliche 72 (38).
Seelgeräth 143 a 4 (76).
Seitenverwandtſchaft 4 (3).
Senatusconsultum Juventianum 349 (172).
Senatusconsultum Juventianum Libonianum 153 (81).
— — Neronianum 117 (64).
— — Orfitianum 264 (130).
— — Pegasianum 245 (120), 119 (65).
— — Silanianum 104 ff. (60).
— — Tertullianum 264 (130).
— — Trebellianum 239 (119), 119 (65).
Separata oeconomia 61 (31).
Separationsrecht der Nachlaßgläubiger 340 ff. (170).
Siegelung des Nachlaſſes 315 (158).
Simulirte Eheſchließung 15 (9).
Singularklagen gegen und für den Erben 353 (174).
Socinus 310 a 4 (155).
Soldatenteſtament 137 ff. (73), 98 (57), 100 (57).
Solidarverhältniß beim Schuldvermächtniß 227 (112).
Spatium deliberandi 328 (164).
Sponsalia 10 (7).
Stellvertretung beim Erbſchaftsantritt 328 (161).
Stiefverhältniß 6 (4).
Stumme, Unfähigkeit zum Teſtamentszeugniß 131 (70).
Subſtituirte können nicht Deliberationsfriſt herbeiführen 330 (164).
Substitutio compendiosa s. breviloqua 167 a 4 (88).
— reciproca 167 (88).
— tacita 169 (89), 172 a 15 (89).
Subſtitutionen 167 ff. (88 ff.), 230 (114).
Subſtitutionsportion bei Berechnung der Falcidia 199 (101).
Successio graduum 269 (133).
— in querellam inoff. test. 297 (147), 301 (149).
Succeſſive Berufung 324 (162).
— Univerſalfideikommiſſe 241 a 9 (119).
Successorium edictum 113 (62).
Sui, Inteſtaterbrecht 261 (129), Notherbenrecht 289 (143).
Suspenſivbedingungen bei letztwilligen Verfügungen 154 (82), bei Schenkungen von Todeswegen 236 (117).

T.

Tacita fideicommissa 106 (60).
— substitutio 169 (89), 172 a 15 (89).
Taube, Bevormundung 77 (41).
Taubſtumme, Teſtirfähigkeit 125 (67).
Teſtament 120 ff. (66), 145 ff. (77 ff.), 159 ff. (85 ff.).
Testamenti factio 102 ff. (59), 123 (67), bei Schenkungen von Todeswegen 238 (118).
Teſtamentsexekutoren 143 a 8 (76), 159 (84), 250 ff. (124 ff.).
Teſtamentsform 127 ff. (69 ff.).
Teſtaments-Publikation 313 ff. (157).
Teſtamentszeugen 130 (70).
Testamentum ad pias causas 137 (72).
— allographum 133 a 16 (70).
— calatis comitiis 127 (69).
— correspectivum 186 (97).
— destitutum 179 (93).
— holographum 133 a 16 (70).
— imperfectum 181 (94).
— inofficiosum 294 ff. (146 ff.).
— in procinctu 128 (69).
— irritum 179 (93).
— judici oblatum 134 (71).
— militare 137 (73).
— mysticum 147 (77).
— non perfectum 181 a 5 (94).
— nullum 178 (93).
— nuncupativum in scripturam redactum 133 (70).
— parentum inter liberos 136 (72).
— principi oblatum 134 (71).
— ruptum 180 (93).
— ruri conditum 136 (72).
— simultaneum 187 (97).
— tempore pestis conditum 136 (72).
Teſtirfähigkeit 123 (67).
Teſtirrecht 123 (67).
Theilungsjahr bei der Dotalklage 41, 42 (22).
Titulus singularis des Beſitzers von Nachlaßgegenſtänden 348 (172).
Tod eines Mitteſtators 187 (97).
Translation der Vermächtniſſe 211 (106).
Transmiſſion 331 ff. (165 ff.).
Trauerjahr 53 a 10 (27).
Trebellianiſche Quart 120 (65).
Tutela, tutor 74 (39).
Tutela testamentaria, legitima, dativa 81 (44).
Typiſche Interpretation der Teſtamente 148 (78).

U.

Ueberlegungsfriſt 328 (164).
Ueberreſt, Fideikommiß auf den U. 249 ff. (123).
Uneheliche Kinder, Alimentationsanſpruch 72 (38), Erbrecht 160 (85), 273 (135), 276 (137).
Unerlaubte Bedingung 157 (83).
Ungültigkeit der Ehe 14 (9), der Teſtamente 178 (93).
Unitas actus beim Teſtament 132 (70).
Univerſalfideikommiß 239 ff. (119 ff.).
Univerſalſucceſſion des Erben 94 ff. (55).
Unmögliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen 157 (83).
Unmündige, teſtirunfähig, 124 (67).
Unſittliche Bedingungen bei letztwilligen Verfügungen 157 (83).
Unterſchriftszeuge beim Teſtament 133 (70).
Unvererbliche Rechte 339 a 2 (169).
Urtheil über Rechtsbeſtändigkeit des Teſtamentes 184 ff. (96).
Usucapio pro herede 108 ff. (61), 110 (61).
Uterini 4 (3).

V.

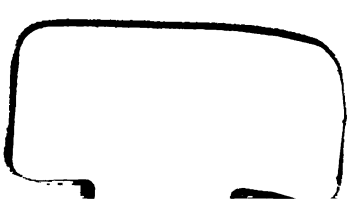
Vacantia bona 277 (138).
Väterliche Gewalt 53 ff. (28 ff.).
Vaterſchaft 54 ff. (28), uneheliche 72 (38).
Vellejani 291 a 12 (143).
Veräußerung der Dotalſachen 35 (18), der Erbſchaft 337 ff. (168).
Veräußerungsverbot der Dotalgrundſtücke 35 (18), beim Univerſalfideikommiß 243 (120), für den Vormund 87 (50).

Vergleich über Anerkennung eines Testamentes 185 (96).
Verhinderung an der Testamentserrichtung 151 (80).
Verjährung der querella inofficiosae donationis 313 (156).
— des fiskalischen Anspruches auf bona vacantia 278 (138).
Verlöbniß 10 (7).
Vermächtnisse 189 ff. (98 ff.)
— neben dem Universalfideikommiß 249 (122).
Vermächtnißnehmer können nicht Deliberationsfrist herbeiführen 330 (164).
Vermächtnißverträge 255 (126).
Verschwägerung 5 (4).
Verschwender, Bevormundung 77 (41), Erbschaftsantritt 323 (161), Testirunfähigkeit 125 (67).
Verwandtschaft 3 ff. (2 ff.), als Ehehinderniß 16 (9), V. bei der Intestaterbfolge 272 ff. (135), 267 (132).
Verwendungen s. impensae.
Verzeihung wegen eines Ehescheidungsgrundes 18 (10), wegen eines Enterbungsgrundes 307 (153).
Vindicatio caducorum 229 a 5 (113).
Vindikationslegat 229 (113), 116 (64), 192 (99), 215 a 1 (108).
Volkstestament 127 (69).
Vollmacht zum Erbschaftsantritt 323 (161).
Voluntarii heredes 101 (58), 321 ff. (161 ff.).
Vormundschaft 73 ff. (39 ff.), des Vaters 67 (34).
Vorvermächtniß 231 ff. (115).
Vulgarsubstitution 167 ff. (88).

W.

Wahlvermächtniß 218 (110).
Wahnsinn s. Geisteskranke, furiosi.
Widerruf des Testamentes 180 (94).
Wiederverheirathung, Nachtheile 51 (27).
Wittwe, Quart der armen W. 275 (137).

Z.

Zeugen s. Testamentszeugen.
Zwang bei der Eheschließung 15 (9).
— bei letztwilligen Verfügungen 151 (80).
Zweite Ehe s. binubus.

G. Pätz'sche Buchdr. (Lippert & Co.), Naumburg a/S.